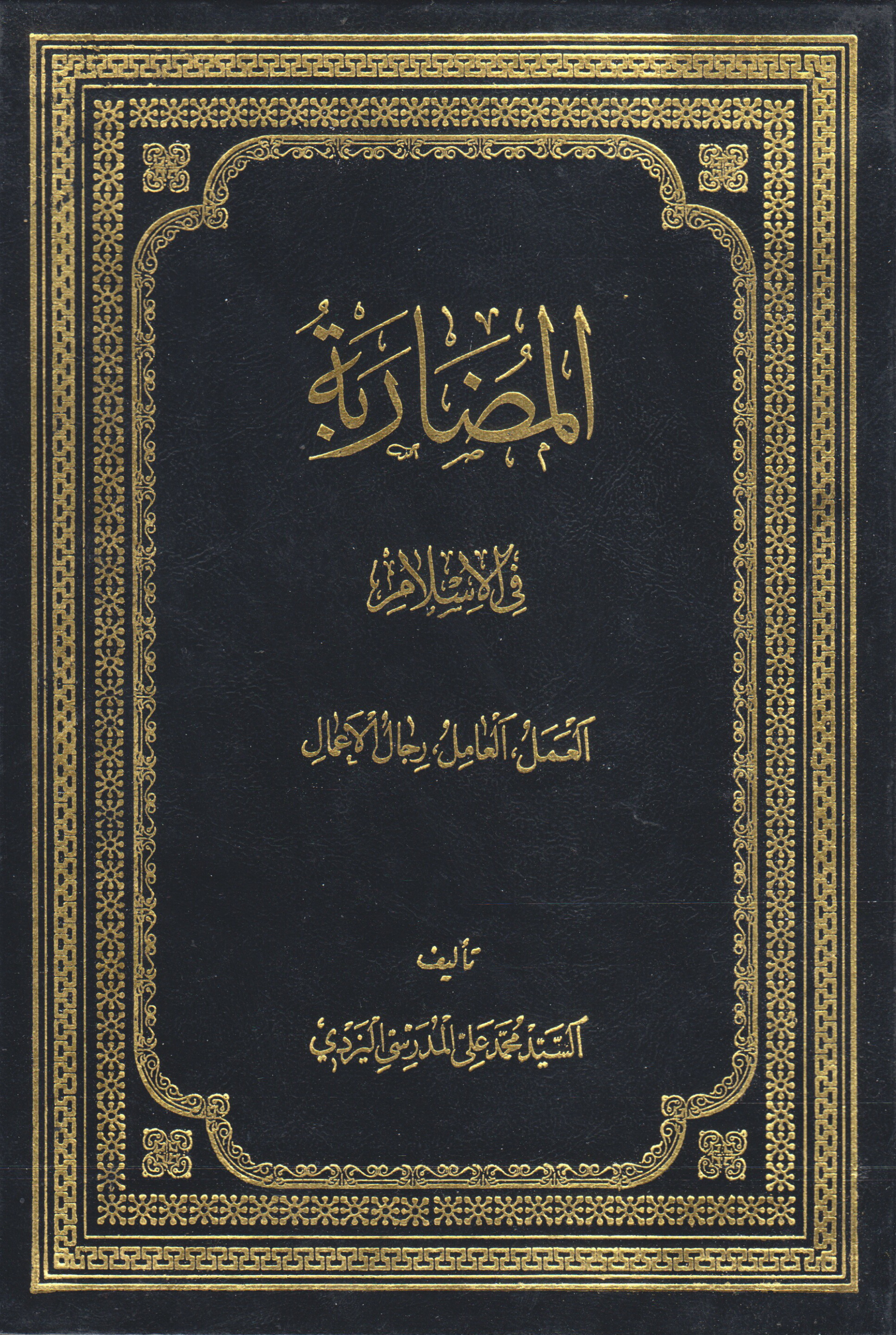
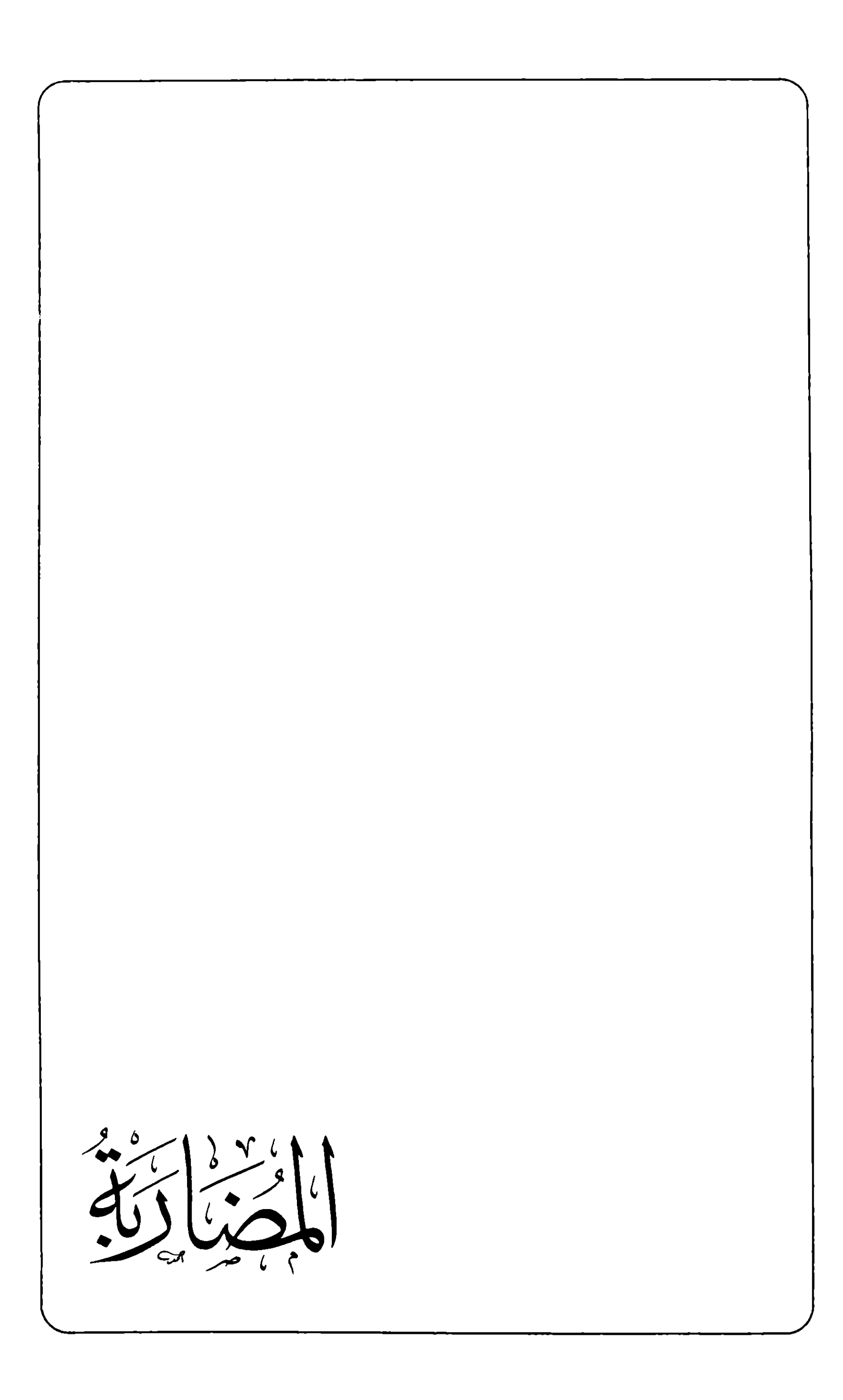

المضاربة
في الإسلام
العمل، العامل، رجال الأعمال
تأليف
السيد محمد علي المدرسي اليزدي


المضاربة



في الإسلام

العمل، العامل، رجال الأعمال



تأليف

السيد محمد علي المدرسي اليزدي

■ اسم الكتاب:	المضاربة في الإسلام
■ المؤلف:	السيّد محمّد علي المدرسي اليزدي
■ الناشر:	المؤلف
■ طبع:	مطبعة النهضة
■ الطبعة:	الأُولى
■ تاريخ النشر:	١٤١٢هـ.ق
■ طبع منه:	١٠٠٠ نسخة
■ السعر:	٣٥٠ توماناً

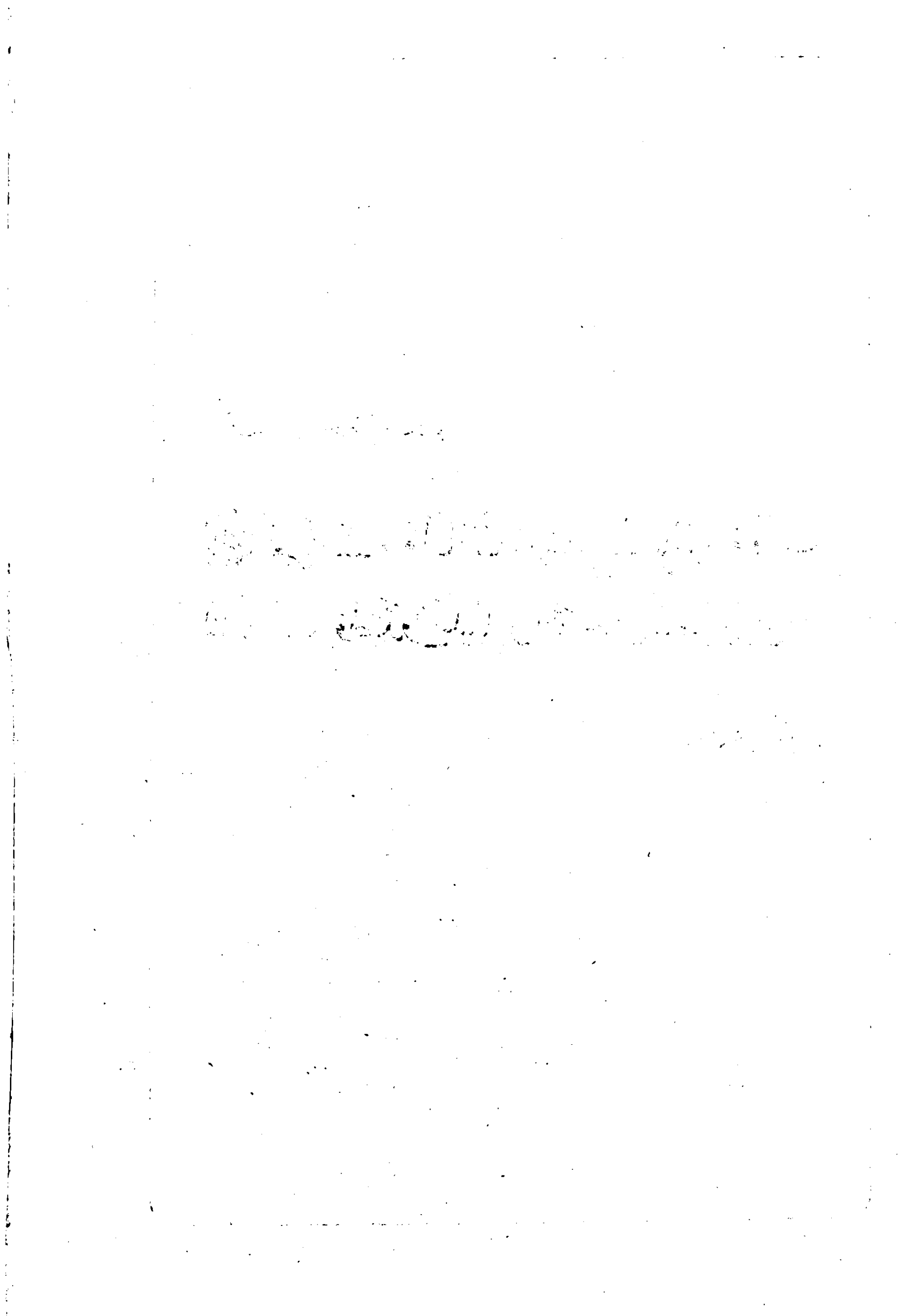




الإهداء إلى الحجة المنتظر (ع)

يا أيها العزيز مسنا وأهلنا الضر وجئنا ببضاعة مزجاة فأوف لنا الكيل وتصدق علينا إن الله يجزي المتصدقين «يوسف ٨٨»

السيد محمد علي المدرسي



فهرست الموضوعات

المقدمة

في حقيقة المضاربة

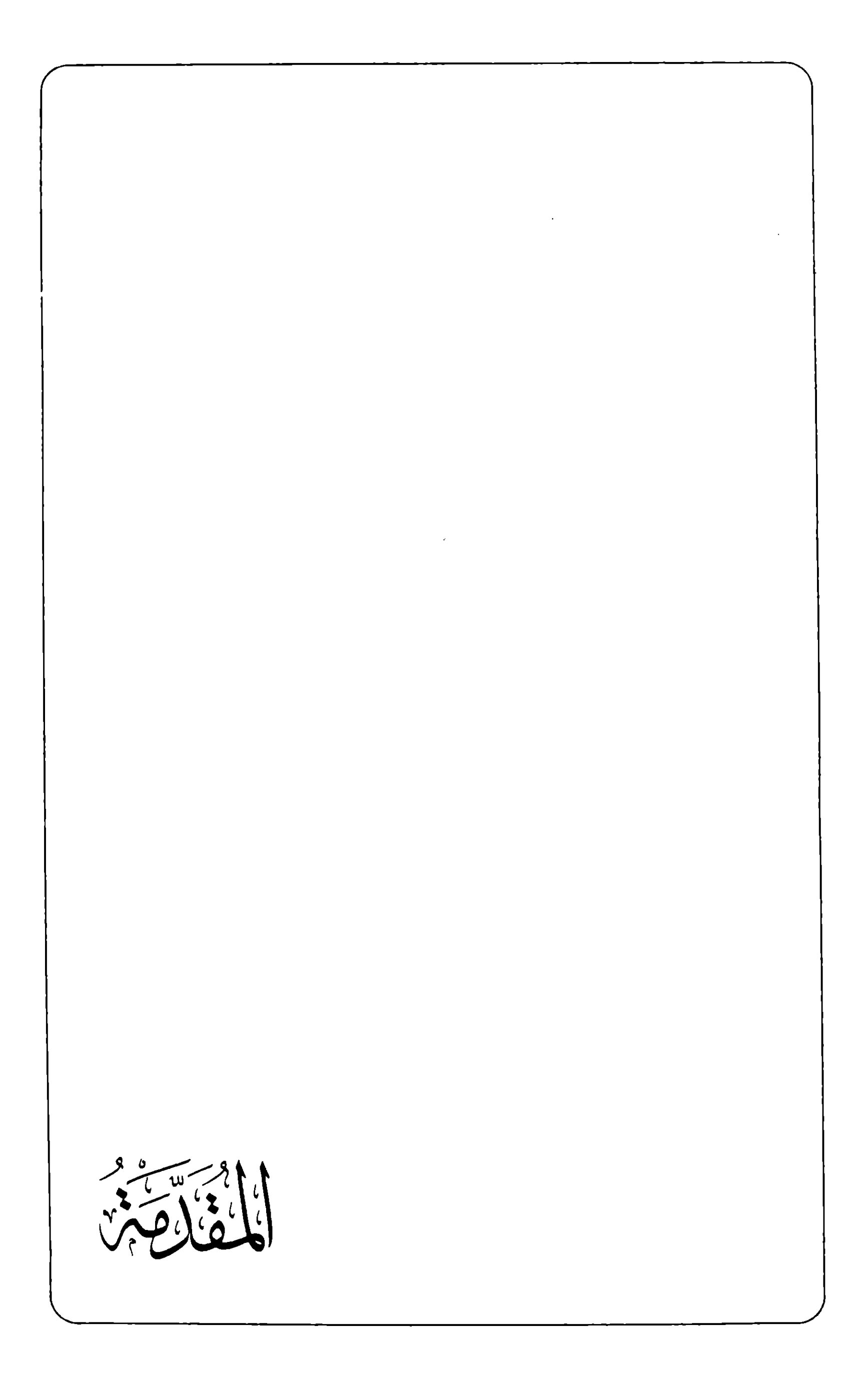
في شرائط عقد المضاربة

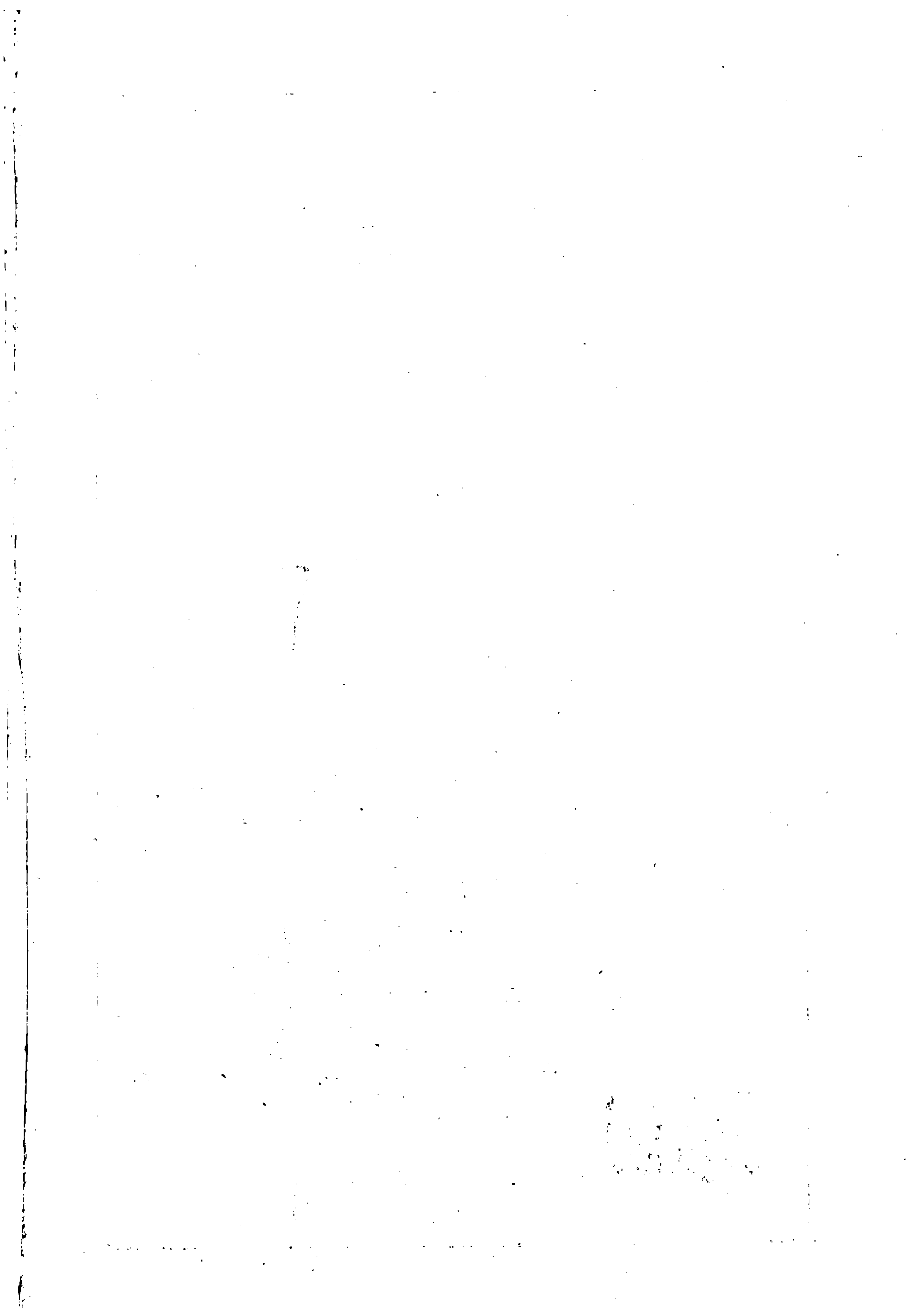
في العامل و شؤونه

في رجال الأعمال

في نزاع المالك والعامل

مسائل في فروع المضاربة


المقدمة



المقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم
وبه نستعين

والحمدلله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد و آله الطيبين الطاهرين، لاسيما امام العصر وصاحب زماننا الحجة بن الحسن العسكري عجل الله في فرجه الشريف وسهل مخرجه وجعلنا من أنصاره و أعوانه.

وبعد: فان علم الفقه من أشرف العلوم وأسماها، لأن به يعرف الحلال من الحرام، اذ لاريب أن العلم أفضل الفضائل الكمالية وأشرف النعوت الجمالية، بل هو أجل الصفات الربوبية. فهو الموصل الىٰ جوار رحمة رب العالمين، والدخول في أفق الملائكة المقربين.وهو المؤدي الى دار المقامة التي لا تزول، و محل الكرامة التى لا تحول.

ولقد تطابق العقل والبرهان واجماع أهل الأديان على أن السعادة الأبدية والقرب من الله سبحانه لايتيسران بدونه، وأي شئ افضل مما هو ذريعة اليهما.

وقد ثبت في الحكمة المتعالية أن العلم والتجرد متلازمان، فكلما تزداد النفس علماً تزداد تجرداً. ولاريب أن التجرد أشرف الكمالات المتصورة للانسان، اذ به يحصل التشبه بالملأ الأعلىٰ و أهل القرب من الله تعالىٰ.

لذا فقد اهتم الفقهاء الاعلام اهتماماً بالغاً في البحث عن مسائل علم الفقه

الذي لايخفى بلوغه الغاية في الشرف والفضل كما قلنا، فان الكل محتاج اليه. وكفى بذلك سمواً و علواً، فهو الضامن لسعادة حياة الانسان الدنيوية والأخروية، وهو الباحث لجميع ما يتعلق بشؤون الانسان في حياته الخاصة والاجتماعية والأحكام والسياسات.

فان الشرائع السماوية جاءت لحفظ مقاصد خمسة، هي: الدين، والنفس، والمال، والنسب، والعقل. وهي التي يجب تقريرها في كل شريعة من الشرائع الالهية.

فالدين يُحفظ بتشريع قسم العبادات.

والنفس تحفظ بتشريع القصاص.

والنسب يُحفظ بتشريع النكاح وتوابعه من الحدود والتعزيرات.

والمال يحفظ بتشريع العقود و تحريم الغصب و السرقة.

والعقل يحفظ بتحريم المسكرات ومافي معناها و ثبوت الحدود و التعزيرات على ذلك.

و حفظ الجميع بالقضاء والشهادات و توابعهما.

و على هذا فقد قسمت مسائل الفقه الى أقسام و جعل عنوان كل مسألة من مسائله باسم «كتاب» أو «موضوع» و غيرهما.

فانهم عنونوا مسألة القصاص بـ «كتاب القصاص» و مسألة المضاربة بـ «كتاب المضاربة» وهكذا باقي مسائل الفقه، و ما ذاك الا لتشعب فروع كثيرة عن كل مسألة كماهو واضح.

هذا واليك جميع مسائله مفصلاً كمايلي:

ما يبحث في علم الفقه:

لايخلو ما يبحث في الفقه: اما أن يعتبر فيه قصد القربة أولا. فالمعتبر فيه قصد القربة يكون قسم العبادات.

وما لايعتبر فيه قصد القربة: اما أن يعتبر فيه اللفظ من الطرفين فيكون قسم العقود، وأما أن يعتبر فيه اللفظ من طرف واحد فذلك هو قسم الايقاعات و

جامعهما المعاملات.

وقد تطلق المعاملات على المعنىٰ الجامع لها مما ليس بعبادة مطلقاً، فتشمل القسم الثالث المهم وهو قسم الأحكام.

فقد تكون المعاملة وهي ما يعتبر فيه اللفظ من طرف واحد أو من طرفين و تارة يعتبر فيه القربة أيضاً، فتكون عبادة و معاملة باعتبارين، و تسمىٰ بمعاملة مشوبه عقداً أو ايقاعاً.

فتحصل أن أقسام الفقه أربعة:

١ــ العبادات.

٢ــ العقود.

٣ــ الايقاعات.

٤ــ الأحكام.

أما العبادات فعشرة كتب كمايلي:

١ــ الطهارة ٢ــ الصلاة ٣ــ الصوم ٤ــ الحج ٥ــ الزكاة ٦ــ الخمس ٧ــ الاعتكاف ٨ــ الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ٩ــ الجهاد ١٠ــ الكفارات.

وأما العقود فمنها العقود الصرفة - أي غير المشوبة بقصد القربة - وهي خمسة و عشرون كتاباً كمايلي:

١ــ المكاسب ٢ــ الدين ٣ــ الرهن ٤ــ الحجر ٥ــ الضمان ٦ــ الحوالة ٧ــ الكفالة ٨ــ الصلح ٩ــ الشركة ١٠ــ المضاربة ١١ــ العطية ١٢ــ الوديعة ١٣ــ العارية ١٤ــ المزارعة ١٥ــ المساقات ١٦ــ الاجارة ١٧ــ الوكالة ١٨ــ الشفعة ١٩ــ السبق ٢٠ــ الرماية ٢١ــ الجعالة ٢٢ــ الخلع ٢٣ــ المبارات ٢٤ــ اللعان ٢٥ــ النكاح (١)

(١) الفات نظر:

قد يدرج النكاح في العبادات باعتبار كونه من السنن، وان كان فيه نظر يظهر عند الدقة.

كما أن اللعان يدرج في الايقاعات باعتبار أن لفظ كل من الزوجين يتفرد بأثر مخصوص

ومنها العقود المشوبة بالعبادة، وهي أربعة كمايلي:

١ـ الوقف ٢ـ الحبس ٣ـ الصدقة ٤ـ المكاتبة.

وأما الايقاعات فمنها الايقاعات الصرفة، وهي خمسة كتب كمايلي:

١ـ الطلاق ٢ـ الظهار ٣ـ الايلاء ٤ـ اليمين ٥ـ الاقرار.

ومنها الايقاعات المشوبة بالعبادة، وهي سبعة كمايلي:

١ـ النذر ٢ـ العهد ٣ـ العتق ٤ـ التدبير ٥ـ الوصية ٦ـ القضاء ٧ـ الشهادات.

وأما قسم الأحكام -وتندرج فيه السياسات- فثلاثة عشر كتاباً كمايلي:

١ـ الاستيلاد ٢ـ الغصب ٣ـ اللقطه ٤ـ احياء الموات ٥ـ الصيد ٦ـ الذباحة ٧ـ الاطعمة ٨ـ الاشربة ٩ـ المواريث ١٠ـ الحدود ١١ـ التعزيرات ١٢ـ الديات ١٣ـ القصاص.

فمجموع كتب الفقه في هذا التقسيم أربعة وستون كتاباً، وذلك لضم عشرة كتب في العبادات الى خمسة وعشرين من العقود الصرفة الى أربعة من العقود المشوبة الى خمسة من الايقاعات الصرفة الى سبعة من الايقاعات المشوبة الى ثلاثة عشر من الأحكام.

هذا جميع مايبحث في علم الفقه، أحببت بيان تقسيمه ليكون مقدمة لكتاب «المضاربة» الذي هو من العقود الصرفة وبه تتم الفائدة انشاءالله تعالى.

نشأة هذا التنظيم الفقهي:

كان جملة من أصحاب الأئمة عليهم السلام يكتبون مايروون من احاديث في كتب وأصول صيانة لها من الضياع، ذكر كثير منها ضمن تراجمهم في المعاجم الموضوعة للتعريف برجال الحديث وتراجمهم. وأشهر هذه الكتب ماعرف بـ «الأصول الأربعمائة» التى كانت نواة للموسوعات الحديثية المؤلفة

ولا يعد قبولاً لما قاله الآخر، ولا يعتبر ضمه اليه وان كان الضم معتبراً في ترتب الأثر المعهود، وهو انفساخ النكاح بينهما قهراً و انتفاء الولد والتحريم المؤبد. فتأمل.

⟵

فيما بعد بجهود كبار علماء الشيعة الامامية، وأهمها «الكافي» و «من لايحضره الفقيه» و «الاستبصار» و «التهذيب».

وكتب و أصول أصحاب الأئمة عليهم السلام بعضها جمعت في أبواب خاصة من الفقه كالصلاة والصوم والحج و أشباهها، و بعضها أحاديث متفرقة سمعها المحدث من الامام المعاصر له أو بعض شيوخه ثم دونها من دون ترتيب خاص. وهي بمجموعها أحاديث مبعثرة كان الاهتمام بجمعها في كتاب كما قلنا.

و لعل من أشهر ماوصل الينا من الكتب المصنفة المبوبة من العصر الموصول بعصر الأئمة عليهم السلام، هو كتاب «المحاسن» للشيخ ابي جعفر احمدبن خالدبن محمد البرقي، وهوفي اكثر من مائة كتاب «باب» في الفقه والحكم والآداب والعلل الشرعية والتوحيد و غيرها من الأصول والفروع. ولكن لم تتدرج هذه الأبواب في الكتاب التدرج الفني المناسب للموضوعات.

وللشيخ ابي جعفر ثقة الاسلام محمدبن يعقوب الكليني (ت ٣٢٩) دور ظاهر في التبويب والتنسيق الفني للحديث في كتابه العظيم «الكافي»، فانه رتب الأحاديث في قسمين عرف الأول منهما بالأصول و هو مايختص بالتوحيد و بقية العقائد الدينية و جانب من الأخلاق الاسلامي و ما يتصل بذلك، ثم قسم الفروع و يبدأ بالصلاة و ينتهي بالحدود والديات. وهو في تقسيمه و تبويبه دقيق مبدع.

و أشهر كتاب في الفقه الاستنباطي المعروف من العصر الأول و المبوب بشئ من التبويب الملتزم، هو كتاب «المقنعة» للشيخ المفيد محمدبن محمدبن النعمان التلعكبري البغدادى (ت ٤١٣)، فانه أنسق تأليف فقهي نرى فيه معالم التنظيم الطبيعي لذلك العصر.

و بعد هؤلاء المشايخ سار الفقهاء في ترتيب كتبهم الفقية هذا المسير تقريباً، الا بعض تغييرات يسيرة لم تكن بالمهم في التنسيق الفقهي.

بقي هذا الركود الى زمن المحقق أبي القاسم جعفربن الحسن بن يحيى الحلي (ت ٦٧٦)، حيث بلغ الغاية في تنسيق أبواب الفقه في كتابه المشهور «شرائع الاسلام»، فقسمه الى الأقسام الأربعة المتداولة (العبادات، العقود، الايقاعات، الأحكام)، ففي الأول عشرة كتب و في الثاني حمسة عشر كتاباً و

في الثالث أحد عشر كتاباً و في الرابع اثناعشر كتاباً، فيكون مجموع الكتب حسب تقسيمه خمسين كتاباً.

و بعد عصر المحقق الحلي تجددت عناوين أخرى لم تكن معنونة سابقاً أو كانت مدرجة في موضوعات مشابهة أفرزت لأهميتها، فكان مجموعها في تقسيمنا -كما ذكرنا- أربعاً وستين كتاباً في الأقسام الأربعة العامة التي نظمها المحقق الحلي «ره».

تشريع المضاربة:

المضاربة مشروعة اجماعاً و نصاً، و منه أن الامام الصادق عليه السلام سُئل عن الرجل يقول لآخر: أبتاع لك متاعاً والربح بيني و بينك؟ قال عليه السلام: لا بأس.

قال صاحب الجواهر: المشهور بل المجمع عليه مشروعية المضاربة المدلول عليها بقوله تعالى «الا أن تكون تجارة عن تراض» و بالمتواتر من السنة عند الشيعة والسنة، فما عن بعض الفقهاء انها غير مشروعة معلوم البطلان و واضح الفساد».

بل قد حث عليها الاسلام كثيراً لما لها من الأثر التام في تنمية الحركة الاقتصادية و تشغيل العاطلين عن العمل و رواج التجارة و جلب البضاعة الى الأسواق و تيسير معايش الناس و غيرها.

فان علماء الاقتصاد يعدون المضاربة من العوامل الأصيلة التي تساعد على توفير السلع في الأسواق، ولولاها لتعرض السوق لهزات عنيفة تذهب بثروات المتعاملين.

فعن بعضهم قوله: ان المضارب يساعد على كبح جماح تقلبات الأسعار العنيفة، لأنه متى طرأت التقلبات على الأسعار تقدم المضارب ليشتري أو ليبيع وفاقاً لحركة الأثمان...(١).

---

(١) كتاب اعمال البوصة في مصر تأليف لجول خلاط ص ٢٣.

وقد أضفى عليها علماء الاقتصاد من المديح والثناء حتى جعلوها من أسمى الأعمال التي يقوم بها الانسان.

يقول كلوديوحانية – العالم الفرنسي –:

«ضارب معناه أرتأى خطر الربح ليحفظه وخطر الخسارة ليبعد عنها، وهذا النظر البعيد هو الرياضة الطبيعية لملكات العقل البشري السامية».

و يقول العالم الفرنسي برودون:

«المضاربة في الوضع الصحيح هي عبقرية الاستكشاف، فهي التي تبتدع و تجدد و تسد الحاجة و تحل المعضل، وهي كالروح اللانهائي تخلق كل شئ من لاشئ، وهي الملكة الاقتصادية الأصلية، لأنها دائمة اليقظة لا تفنى مواردها مسيئة الظن في الرخاء عظيمة الجرأة في الشدائد، ترى الرأي و تتصور الصورة و تضع الحدود و تجادل و تنظم و تأمر و تشرع، و ليس على العمل و رأس المال و التجارة سوى التنفيذ، فتلك الرأس و هذه الأعضاء، تمشي أميرة و تتبعها هذه إماء(١).

مزايا المضاربة:

يمكن أن نلخص المزايا الاقتصادية التي تنجم عنها المضاربة فيمايلى (٢).

١– انها تفتح باب التعاون الاقتصادي بين العمل و رأس المال على أساس عادل من غير ازدراء بالعمل و لا استعلاء من جانب رأس المال.

٢– استقرار العمل و تفادي الأزمات الاقتصادية التي تحدث في البلاد.

٣– تمنع من البطالة بتكوينها الروابط الدائمة بين صاحب المال والعمال والعمل.

٤– تنمي دخل العامل باضافة حصة ينالها في وقت تصفية الأرباح فتعينه

---

(١) نفس المصدر السابق

(٢) ذكرها علماء الاقتصاد متفرقة

على التوفير و غيره.

٥- تزيد في انتاج العمل و تبعث في العامل الاهتمام على نجاح التجارة والمشروع الذي بيده.

٦- انها توفق بين العمل ورأس المال و ترفع من قدر العامل فتحوله من أداة في الانتاج الى منزلة الشريك.

٧- تقضي على تضخم رأس المال الفردي، لأن الربح يوزع توزيعاً عادلاً بين الطرفين، فلا يحصل -على الأكثر- تضخم مالي عند صاحب المال.

هذه بعض مزايا و فوائد المضاربة الظاهرة الملموسة والمحسوسة منها، و لعل لهذه الجهات ولغيرها شرعها الاسلام و ندب اليها.

معنى المضاربة و وجه تسميتها:

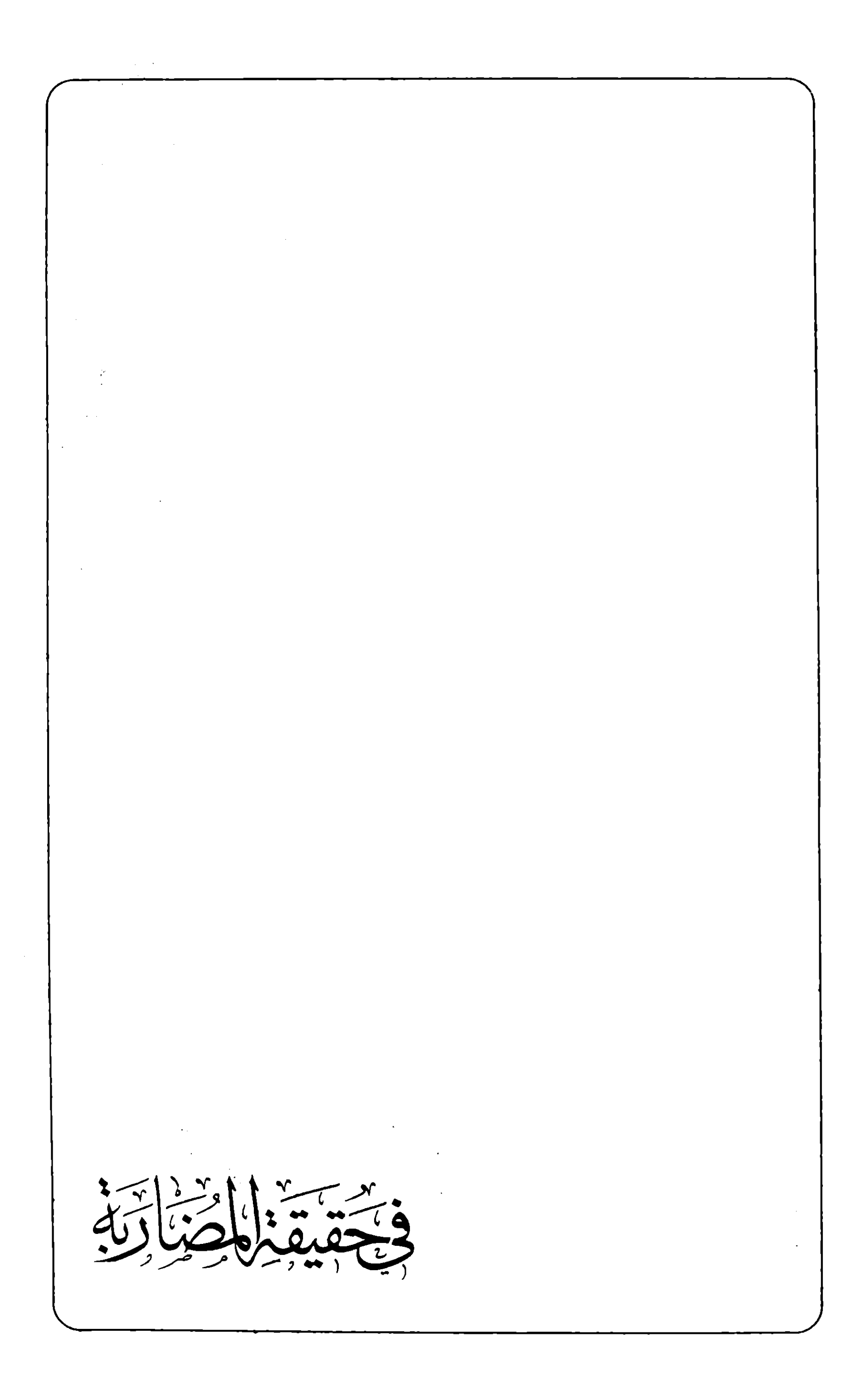
مصدر التسمية بالمضاربة قوله تعالىٰ «وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله» (٢٠ المزمل)

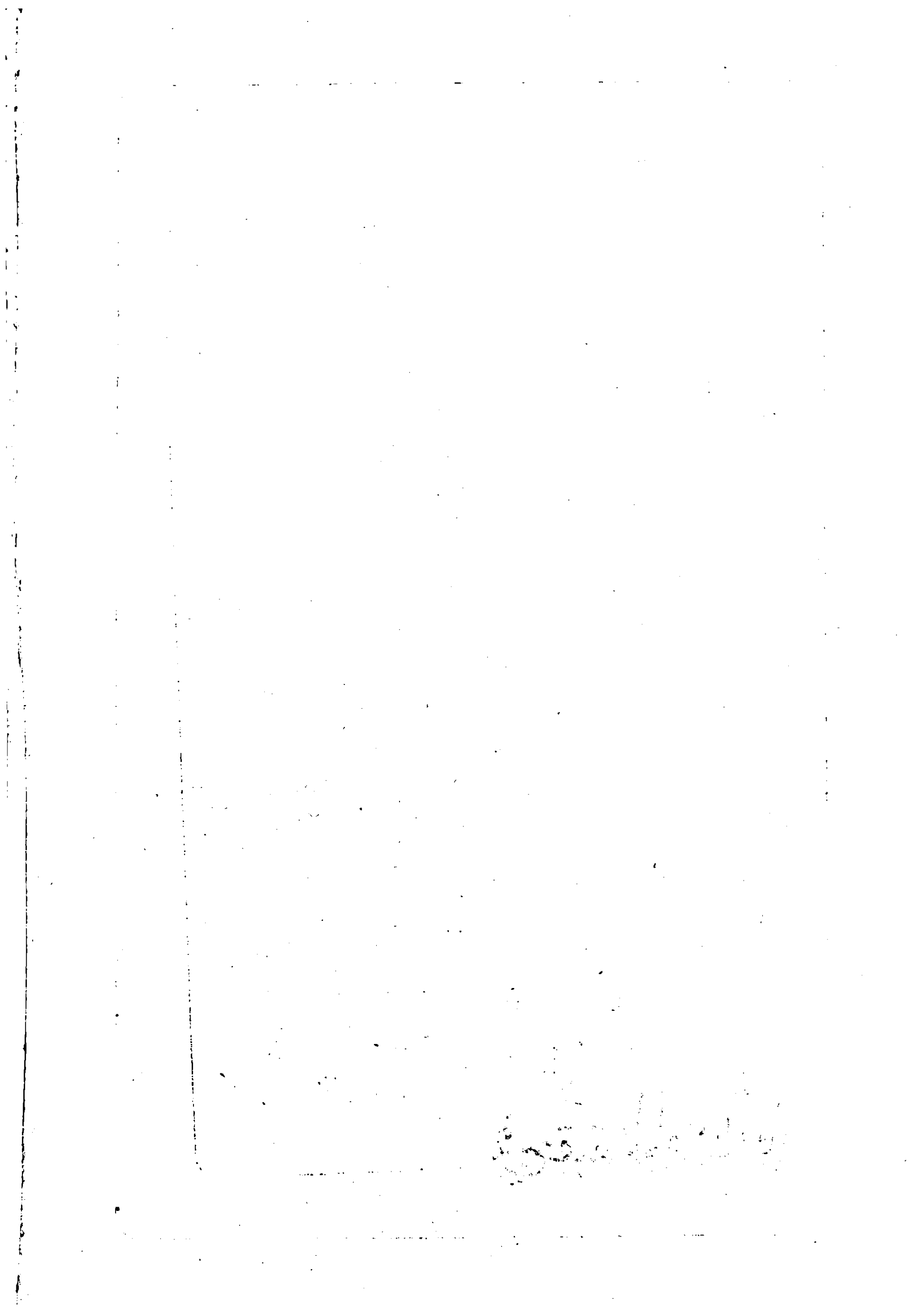
فهي مأخوذة من «الضرب في الأرض» لأن العامل يضرب فيها للسعي على التجارة وابتغاء الربح بطلب من صاحب المال.

وأهل الحجاز يسمونها «قراضاً»، و وجه التسمية هو أن معنىٰ القرض القطع، فكأن صاحب المال اقتطع من المال قطعة و سلمها الى العامل، أو اقتطع له قطعة من الربح في مقابلة عمله.

أومن «المقارضة»، وهي المساواة، ووجه التساوي هنا أن المال من جهة والعمل من جهة أخرىٰ والربح في مقابلهما، فقد تساويا في قوام العقد أو أصل استحقاق الربح وان اختلفا في كميته.

وعلى أي حال فان حقيقة المضاربة أن يكون رأس المال من شخص والعمل من شخص آخر و يتقاسمان الربح الذي يثمره ذلك المال بحسب الاتفاقية المعقودة بينهما.


في حقيقة المضاربة



الفصل الأول:

في حقيقة المضاربة

بسم الله الرحمن الرحيم

وتسمى «قراضاً» عند أهل الحجاز، والأول من «الضرب»، لضرب العامل في الأرض لتحصيل الربح. والمفاعلة[١] باعتبار كون المالك سبباً له والعامل مباشراً. والثاني من «القرض»، بمعنى القطع، لقطع المالك حصة من ماله و دفعه الى العامل ليتجربه. وعليه العامل مقارض بالبناء للمفعول[٢]، وعلى الأول مضارِب بالبناء للفاعل.

---

[١] فان باب المفاعلة اذا لوحظ بماهو في الخارج لايستفاد منه الاشتراك، كما مال اليه بعض الأساتيذ. ولكن اذا لوحظ مفهومه فلا اشكال أنه لايتحقق الا بالاشتراك، كماهو واضح، اذ لايتحقق الا بذلك.

ولانحتاج الى تصور الشركة بما قاله بعض الأعاظم أيضاً، بعد كون الشركة مأخوذ فيها مفهوم المفاعلة التي لا تتحقق الا بذلك. فنفس الاتيان بهيئة المضاربة قرينة واضحة على الاشتراك، ولانحتاج الى قرينة تدل على الشركة، بل نحتاج الى خلاف الشركة قرينة معينه.

[٢] قد عرفت أن باب المفاعلة بعنوان المضاربة أو بعنوان المقارضة من حيث

وكيف كان: هو عبارة عن دفع[١] الانسان مالاً الى غيره ليتجر به على أن يكون الربح بينهما، لا أن يكون تمام الربح للمالك ولا أن يكون تمامه للعامل.

المفهوم يحتاج الى الطرفين، سواء كان بعنوان المضاربة أو بعنوان المطالعة. ولايمكن أن يتحقق هذا الباب بطرف واحد، اذ عنوان المفاعلة له بُعدين في مفهومه ولايتحقق ببعد واحد كما يظهر عندالتدبر.

[١] لااشكال في كون عقد المضاربة عقداً عقلائياً بين المالك والعامل، وانما الكلام في حقيقة، هذا العقد ولوازمه المترتبة على العقد لفظياً كان أو معاطاتياً فانه عبارة عن تعهد يتعهده الموجب أو المالك والعامل يقبل هذا التعهد و يلتزم به بقبول منه.

فالمالك يوقع النسبة بين المال وعمل العامل على شروط، والعامل بقبوله يقبل هذه النسبة و هذا الايقاع. وحيث أن ايقاع هذه النسبة له لوازم فالعقلاء حيث يرون العقد عقلائياً يرون ترتب هذه اللوازم عليه.

بمعنى: أن عقد المضاربة نفس ايقاعه يلازم عقود متعددة، لا أن عقد المضاربة مركب من عقود متعددة، بل نفس ايقاع النسبة في عقد المضاربة له معنى يلازم عقوداً متعددة كماهو واضح فالمضاربة عبارة عن دفع الانسان ماله الى غيره ليعمل فيه بحصته من الربح.

ولكن هذا العقد تتبعه أحكام مختلفة من حيث اللوازم، كالوكالة والوديعة والشركة والغصب أحياناً وأجرة المثل للعامل. وليس الفرض من عقد المضاربة أنه مركب من هذه العقود، بل هو عقد واحد ولكن العقلاء عندهذه النسبة يرون له ملازمات، وهذه الملازمات دالة على هذه المعاني.

فعند ايقاع هذه النسبة يرون اعطاء المال الى العامل للتجارة والربح بينهما عبارة عن المضاربة، ولها آثار خاصة مترتبة عليها، و يكون تعهد العقلاء لذلك مؤثراً في صحة عقد المضاربة.

و توضيح ذلك: ان من دفع مالاً الى غيره للتجارة[١]: تارة على أن

وأما عند عدم اشتراط الربح للمالك ولا للعامل، فانهم ينتزعون منه مفهوم «الامانة» و مفهوم «الوديعة».

وعند اشتراط كون الربح للمالك ينتزعون منه مفهوم «البضاعة»، سواءً كانت نقداً أو عروضاً.

فنفس اعطاء المال الى العامل الذي هو الأساس في انعقاد المضاربة ينتزع العقلاء منه المضاربة كذلك عند اختلاف بعض هذه الشروط وكانت هناك قرائن معينه تنقلب الى هذه العقود العقلائية، وعند عدم وجود قرينة معينة يبطل ذلك العقد، وعند بطلان العقد هل يستحق العامل شيئاً أم لا فهذا موضوع نتعرض له عند تعرض الماتن له.

وعند صحة المضاربة: فتارة يلاحظ قبل حصول الربح فيه يكون رأس المال أمانة عندالعامل، وبعد حصول الربح يكون العامل والمالك شريكين في الربح واصل رأس المال يكون أمانة عند العامل اذا لم يفسخ العقد، وعند وقوع المعاملة تكون نتيجته الاذن في الا تلاف والوكالة في الشراء الموجب لعدم الضمان في رأس المال، لأنه مأذون في الا تلاف، و نتيجته تتضح عند تعرض الماتن لذلك.

والحاصل: ان نفس اعطاء المال بيد العامل ليتجربه مع شرط الربح بينهما ينتزع العقلاء منه مفهوم المضاربة.

وان شرطا الربح للمالك فقط فذلك «بضاعة»، و يكون للعامل أجرة المثل ان لم يقصد التبرع.

وفي المضاربة الصحيحة لوتفاسخا قبل الاسترباح أو بعده من قبل المالك أو من قبل العامل، كلام نتعرض له عند تعرض الماتن له والمضاربة انما شرعت لمصلحة حقوق العامل لالحفظ رأس المال، بل المصلحة في تشريعها هوالربح، كما سيأتي بيانه عند تعرض الماتن له.

[١] فان دفع المال الى الغير لايكون داخلاً في حقيقة المضاربة، على

يكون الربح بينهما وهي مضاربة[١]، و تارة على أن يكون تمامه للعامل، و هذا داخل في عنوان القرض ان كان بقصده[٢]، و تارة على أن يكون تمامه للمالك، و يسمى عندهم باسم «البضاعة» [٣]....

ماسيأتي من الماتن من عدم لزوم ذلك في تحقق المضاربة، بل لابد وأن يكون باختيار العامل للاسترباح ولو لم يكن مدفوعاً اليه خارجاً. فتصح المضاربة بالمال عند تحقق شروطها، كمالوكان المال عند المالك و يتجربه العامل كلما احتاج اليه فيأخذ منه، وعند بيعه أيضاً يسلم الثمن الى المالك. و بهذا تتحقق المضاربة ولايحتاج الى دفع المال الى العامل.

وأما كون الدفع للتجارة، فذلك يقتضي كون التجارة مأخوذة في حقيقة المضاربة،وهوينافي حقيقتها، فان حقيقة المضاربة هو الاسترباح لاالتجارة فقط، كما سيأتي اثباته عند تعرض الماتن له.

[١] فان المضاربة -وان كانت تتحقق بكون الربح بين المالك والعامل- الا أن قوام المضاربة لايكون منحصراً بذلك، بل يمكن أن تكون المضاربة بين المالك والعامل ولكن الربح يكون بين المالك والعامل وثالث كما سيأتي التعرض له.

[٢] ان صرح بذلك أولم يصرح، فان نفس كون الربح بتمامه للعامل لايكون قرينة على كون المال قرضاً، بل اعطاء المال الى العامل أعم من أن يكون قرضاً أوغيره. فعندالشك يكون القول قول المالك فيما قصد، لأنه لايعلم الامن قبله اذا لم يكن معارضاً، اذ يمكن أن يكون قصد البضاعة أو غير ذلك، فعند عدم المعارضة القول قول المالك اذا لم يكن المعارض منهما.

والذي حكم بأن اشتراط كون الربح للعامل كحكم المالك بذلك قرينة معينة على القرض، وكلامه -على فرض القرينة- صحيح كماهو واضح، ولامجال للاشكال عليه كمالا يخفى.

[٣] فان الظاهر من كلمات الأعلام قدس الله أسرارهم أن البضاعة عبارة عن نفس المضاربة ولكن يصح في مثل العروض لوقلنا بعدم صحة المضاربة في

و تارة لايشترطان شيئاً، وعلىٰ هذا أيضاً يكون تمام الربح للمالك، فهو داخل في عنوان البضاعة [١]....

وعليهما يستحق العامل أجرة المثل لعمله، الا أن يشترطا عدمه أو يكون العامل قاصداً للتبرع. ومع عدم الشرط و عدم قصد التبرع أيضاً له

العروض.

وأما كون المضاربة من شؤون كون الربح بينهما ولكن في البضاعة يكون الأمر أسهل لأنه مضافاً لكونه صحيحاً في العروض يكون في البضاعة الربح للمالك و للعامل أجرة المثل، و ذلك حيث يفرق في أجرة المثل في المعاملات وغيرها، فانه تزيد أجرة المثل في بعض الموارد عن مقدار من الربح الذي يكون عائداً منه لوصحت المضاربة فيه.

هذا مضافاً على أن الظاهر من بناء العقلاء و كلمات الأصحاب أن البضاعة تصح في مثل الاملاك والبساتين، فانه يمكن لصاحب السيارة أو صاحب البستان اعطاؤهما للعمل فيهما بأجرة معينة. و موارد كثيرة يشكل القوم تحقق المضاربة فيها لكن يصححونها في البضاعة.

وأما مسألة ضمان العامل لرأس المال، فذلك نجوزه في المضاربة والبضاعة على السواء، لأنه أمر مفروغ عنه كما سيأتي. فكما أن البضاعة تصح في النقود تصح في العروض، فتجعل النقود بيد العامل للتجارة ويكون الربح للمالك بأجرة معينة، كما ويصح جعل العامل شريكاً مع المالك في الربح، لأنها عقود اذنية تكون باختيار المالك في الربح كيفما تراضيا.

[١] الكلام فيما اذا عين المال للتجارة ولم يعين المال المعطىٰ للعامل بكونه مضاربة أو بضاعة أو غير ذلك، ولم تكن قرينة معينة أو صارفة على هذه الأمور. فقد بنىٰ الماتن على أنه يكون بضاعة، حيث أن الربح يتبع أصله بكونه للمالك.

ولكن مفروض كلام الماتن هو اعطاء المال الى العامل، فيكون أمراً بالتجارة قهراً. وعليه بكون المالك ضامناً للعامل اجرة المثل بأمره هذا.

أن يطلب الأجرة، الا أن يكون الظاهر منهما في مثله عدم أخذ الأجرة، والا فعمل المسلم محترم مالم يقصد التبرع[١]....

[١] هاهنا عنوانان: الأول أخذ المال بعنوان البضاعة، والثاني أخذ المال بلاعنوان بل يأخذه ليتجربه فقط. وفي كليهما يجب الضمان للأمر، وذلك لأن المال اذا جعل تحت اختيار العامل ليتجربه تارة يكون بعنوان المضاربة و تارة يكون بصرف الاتجاربه من دون تصريح بالبضاعة، و معنى ذلك أن المالك بعد أمره بالاتجار أو البضاعة أراد العمل من العامل في هذا المال، ومن أمره بالتجارة اراد منه اباحة التقلب بالمال من البيع والشراء. وعلى هذا فالضمان بالأمر في الأحكام الوضعية يفرق عن الضمان بالأمر في الأحكام التكليفية، فان شأن الاختصاصات الوضعية عند قيامها بشئ لابد أن يكون لمعروضاتها نحو وجود حقيقي أو اعتباري، لأن معروضاتها في اعتبار العقلاء هي الأشياء بوصف الموجودية.

ومثل هذه الصفة المتعلقة لهذه الأعراض، ان لم تكن بنحو الحقيقة فلا محيص من اعتبارها في الذمة، فالموجودات الذمية الحقيقية موجودات خارجية في اعتبار المعتبر في ظرف ذمته نظير وجودها الحقيقي.

و توضيح ذلك: ان الأمر انما يطرأ على الصور الذهنية التي هي مرآة الى الخارج، ومن الواضح أن الارادة طارئة على هذه الصورة، لأنّ من شأن الصفات النفسانية أنها لابد أن تكون موضوعة أيضاً من سنخه، فالارادة التي تكون من الصفات النفسانية لابد وأن تكون طارئة على الصور الذهنية و لايمكن أن تكون طارئة على الخارج، والا استلزم أن يكون الذهن خارجاً.

فالأوامر التكليفية تكون على هذه المثابة، ويكون الخارج ظرف سقوطه لاظرف ثبوته، ولكن المصلحة تكون في الخارج، فمن شدة الاندكاك بين الصورة وذي الصورة يرى الواجد للمصلحة والحال أنه يرى الصورة هذه في الاحكام التكليفية، فلايمكن أن يكون الخارج ظرف ثبوته، لأنه ظرف سقوطه لاظرف ثبوته.

وأما الاحكام الوضعية:

....

فهي كلية كالعقود الاذنية و سائر العقود الكلية التي تكون بالانشاء لفظاً أو معاطاة، فيكون الانشاء عبارة عن الارادة، وهذه الارادة انما تطرأ على الصور الذهنية أيضاً، ولكن هذه الصور الذهنية لا تكون معتبرة عند العقلاء، من جهة أن المصلحة كامنة في الخارج، ولا تكون الصورة التي تطرأ على الارادة الاّصورة المصلحة الكامنة في الخارج.

ومن الواضح أن العقلاء يعتبرون المصلحة الكامنة في الخارج علة لطرو الأمر على الخارج، ولحاظ المصلحة الخارجية يكون علة لطرو الأمر، وعليه فمركب المصلحة والأمر متعاكسان، فالبعث لايكون من الخارج والمصلحة لا تكون في الذهن بل في الخارج، وهذا في جميع الأوامر.

ولكن لهذا التصور الذي تركب عليه الأمر نشأتان: نشأة في مرحلة الثبوت، و نشأة في مرحلة السقوط. فان لحاظ الشيئ الواجد للمصلحة أن أريد ايجاده من الغير لابد وان يلاحظ الواجد للمصلحة حصول الشوق المؤكد، أي الارادة التي يحصل منها وجوده في الخارج، فقهرأيكون الأمر الصادر من المولى كاشفاً عن تمامية المصلحة من المولىٰ، وهذا الأمر طارئ على الطبيعة، فتكون المقدمات موجودة تماماً ويكون الانبعاث من قبل العقل الى وجوده من الغير من ناحية التكاليف، ولاينتزع منه الدينية الابنحو من العناية التي نقول بها في الأوامر التكليفية.

وهذا بخلاف الوضعيات بعد كون الانشاء نفس الانشاء في باب التكاليف، واللازم هو لحاظ المصلحة المنبعثه الى الانشاء كونه بيد العقلاء، والعقلاء هم الذين يلاحظون الشيئ الواجد للمصلحة. ومن الواضح ان المصلحة والشيئ الواجد لها هوالخارج كما بينا، فيلاحظون الشيئ ويلاحظون مركب الأمر و يلاحظون أن مركب الأمر حين وجوده في الخارج أي مرحلة سقوطه، و يجعلون ذلك في ذمة المامور.

ومن الواضح: ان العمل الخارجي لايمكن أن يجعل في ذمة المأمور والا أمكن

و يشترط في المضاربة الايجاب والقبول. و يكفي فيهما كل دال قولاً أو فعلاً. والايجاب القولي كأن يقول «ضاربتك على كذا» وما يفيد هذا المعنىٰ، فيقول «قبلت» [١]... و يشترط فيها أيضاً بعد البلوغ

أن ينقلب الذهن خارجاً وهو محال، فلابد وأن يكون اعتبارياً، بحيث يعتبره العقلاء مركباً، أي الطارئ عليه الأمر في الصورة الثانية اعتبارياً مجعولاً في ذمة المأمور، ويكون وجوده الاعتباري محفوظاً في ذمة المأمور كمالو جعلها في صندوقه. وهذا من ناحية الأمر عليه.

وعليه فلو أمر بجعل المال كونه بضاعة أو جعله عند العامل للتجارة ولم يبين أجرة المثل، فان نفس الأمر أو المضاربة يكون عملاً مأموراً به من قبل المالك، وذلك من الأمر بالتجارة أو انشاء المضاربة، ويكون هذا الأمر موجباً لضمان أجرة المثل، بيّن أولم يبين، الا أن يشترط عدمه. وأما عند عدم الاشتراط فان طبع الأمر يقتضي الضمان كما لايخفىٰ.

وهذا لايحتاج الى ماذهب اليه الماتن من كون عمل المسلم محترم، اذ أن احترام عمل المسلم فيما اذا لم يكن هناك أمر، وفي مثل المقام الذي جعل المال عنده للتجارة والعمل لاكونه أمانة يقتضي الضمان كمالا يخفىٰ.

[١] لا اشكال في كون عقد المضاربة من العقود فعلياً كان أو قولياً على تفصيل سيأتي بيانه.

أما كونه من العقود، لأن العقد معناه الانعقاد، و بعد كونه من الأمور الواقعية فيحتاج قهراً الى طرفين. وهذا بخلاف الايقاع، فانه لا يحتاج الا الى طرف واحد.

وماقيل في الفرق بين العقد والايقاع والتفصيلات التي ذكرت في هذا المورد لايمكن الاتكال عليها يأتي تفصيله منا في محله، اذ بعد ان كانت المضاربة عقداً من العقود فانها تحتاج قهراً الى طرفين، وان كان الموجب ولياً والقابل صغيراً أو سفيهاً أو مجنوناً أو كان الموجب وكيلاً من طرف العامل أيضاً. ففي جميع هذه الموارد لايخرج العقد عن العقدية واحتياجه الى الانعقاد، فانه من الأمور الواقعية

....

التي لا تختلف باختلافها الأشخاص والموارد و بعد كونه من العقود المحتاجه الى تراضٍ من الطرفين، فانه من العقود الجائزة وهناك فرق بين العقود الجائزة والعقود اللازمة كما ستعرف.

ولا اشكال في أن المعاملات الدارجة بين العرف على أنحاء مختلفة بعناوينها و آثارها المتوقعة منها المترتبة عليها الاعتبارات العقلائية الامضائية وليس للشرع تأسيس جديد فيها، فالبيع مثلاً أو المضاربة لهما نحو خاص من النقل المعاوض و لهما الأثر الخاص، حيث اعتبرهما العقلاء موضوعان لذلك الاثر الخاص و قد أمضاه الشارع بما هو عليه عند العرف والعقلاء.

او أن العرف والعقلاء لما دفعوا أموالهم الى غيرهم ليعمل فيها بحصة من ربحها وقد أمضاه الشارع أيضاً بما هو عليه عندهم، فليس لهما ولا لغيرهما من أنحاء المعاملات حقيقة شرعية ولا متشرعة.

وتصرف الشرع في معاملة في مقام امضائها بزيادة قيد أو الغاء قيد: اما يرجع الى تخطئة العرف في تشخيص موضوع الأثر المرغوب من هذه المعاملة، أو يرجع الى تخصيص حكمه ببعض الصور والحالات، أو تعميم حكمه أحياناً من دون أن يكون هذا تأسيساً جديداً منه في باب المعاملات. و هذا مما لاخلاف فيه.

ولا اشكال في أن موضوع الأثر في باب المعاملات الدارجة بين العرف والعقلاء أمر بقائي بنظرهم، ويكون الأثر دائراً مداره حدوثاً و بقاءً، بمعنى أن بحدوثه يؤثر في حدوث الأثر و ببقائه في بقائه. فالبيع مثلاً نحو خاص من المعاملة وله أثر خاص يتحقق به بحدوثه و يبقى ببقائه، بحيث يكون بقاء أثره منوطاً ببقائه و يكون لبقائه في بقاء أثره، كمالا يخفى على من راجع انظار العرف والعقلاء في معاملاتهم اليومية.

هذا، والكلام يقع في أن العقد هو عبارة عن العهد الواقع بين البائع والمشتري،

....

أو العهد الواقع بين المالك والعامل، فان العقد في كليهما يشمله «أوفوا بالعقود»،[1] وهو دال على افادة اللزوم فيهما وفي كل واحد منهما أو في كليهما اذالم يشمله «أوفوا بالعقود» لا يحكم بلزومه.

هذا، ومن المستحيل أن يشمل «أوفوا بالعقود» العقود الاذنية الجائزة، وذلك لأن العقد: أما أن يكون أمراً تكوينياً منتزعاً من تعهد قلبي من الطرفين، ويكون حدوثه عبارة عن هذا الأمر التكويني الذي يوجد و ينعدم، ولا بقاء له و انما يكون البقاء لحكمه، بحيث يكون لحاظ الموضوع القصير الذي وجد وانعدم آناً ما ملازماً لحكم طويل أبدي بنوع الحصة الملازمة، لا أن تمام الموضوع هو العقد و يكون الحكم بعد ذلك حكماً بلا موضوع، بل يكون الحكم طويلاً طارئاً على هذا الموضوع القصير الآني ولكن بنوع الحصة الملازمة التوأم، ويكون بقاؤه ببقاء حكمه- أي التعهد- باعتبار بقاء مضمونه- أي مضمون العقد- واما نفس العقد فيستحيل بقاؤه، واذا كان بقاؤه مستحيلاً فدليل الفسخ لايمكن أن يشمل لمثل هذا العقد، وذلك لأن العقد وجد و بوجوده وجد الحكم وانعدم العقد و بقي حكمه. وعلى هذا فلايمكن طرو الفسخ على هذا العقد، اذ أنه لامعاهدة في البين الا تلك المعاهدة العقدية التي انعدمت، والواجب هو بقاء حكمها لاغير. فهذا العقد المعلوم لايمكن طرو الفسخ عليه كما لايمكن شمول دليل اوفوا بالعقود له.

أما عدم امكان طرو الفسخ له، فان هذا العقد المعلوم لايمكن طرو الفسخ اللاحق له من جهة محالية انقلاب الشئ عما هو عليه الى شئ آخر، فلايكون الفسخ فسخاً للعقد و تخصيصاً لمضمون العقد الباقي و ببقائه بقي الحكم. وهذا العقد حيث كان عقداً شخصياً يكون عبارة عن أمر تكويني موجباً للحكم الشخصي على موضوع شخصي، وهذا الموضوع الشخصي يكون حدوثه منوطاً على نفس العقد

---

(١) ضمن آية في سورة المائدة: ١.

....

و بقاؤه ببقاء مضمونه. واذا ورد على هذا الحكم غير القابل للبقاء تخصص بجواز الفسخ فانه يوجب انتفاء هذا الحكم، ولامجال له بل لايتصور وجود حكم آخر يقوم مقام هذا الحكم المنتفي، اذا كان العقد الصادر من المكلف آنياً من حيث الحدوث والانتفاء. وعليه فلا قابلية له لأن يكون انحلالياً.

وهذا هوالمصير في العقود الجائزة الاذنية أو المملكة، فاذا لم يكن للعقد قابلية الانحلال في العقد وكان العقد بهذه المثابة لايكون لحكمه أيضاً القابلية الانحلالية من ناحية العقد لأنه يلازم العقد. فلامحال من كون العقد شخصياً آنياً ويكون حكمه أيضاً شخصياً. فاذا خصص ذلك الحكم فلامجال لقيام حكم آخر مقامه بعد تخصيصه، اذ أنه ليس عقداً حتىٰ يمكن أن يشمله.

وهذا بخلاف العقود اللازمة، حيث نستفيد من ورود أدلة الخيار امتداد العقد وكونه أبدياً، وكل ماخصص العقد بجعل الخيار من أوله أو وسطه أو آخره يصير العقد جائزاً، و ذلك لورود أدلة الخيار و تخصيص العقد بذلك.

و بعد هذا اذا لم يعمل بالخيار فانه يكون مشمولاً «لأوفوا بالعقود» فيجعله لازماً. ولكن لمكان شخصية العقد-كمافي العقد الجائز - كلية لايكون مجالاً لشمول «أوفوا بالعقود» له، ولهذا يستحيل شمول دليل «أوفوا بالعقود» له. وما قيل في المقام بشموله له خلاف التدبر كما لايخفىٰ.

و مضافاً الىٰ هذا فقد قام الاجماع على أن عقد المضاربة من العقود الجائزة وكونه بالعقد اللفظي كماهومحررفي المتن. و هناك سؤال يطرح نفسه، وهو امكان وقوع المضاربة بالمعاطاة و عدمه، وهو ما سنتحدث عنه.

جواز المضاربة بالمعاطاة

فان السيرة جارية في جريان المعاطاة في كل العقود -ومنها المقام- ولو

....

بقصد الايجاب باعطاء المال و قصد الآخر بأخذه القبول، فان السيرة قائمة عليه كمافي سائر العقود أيضاً.

والنزاع في افادة المعاطاة الاباحية جاري في المقام أيضاً، و ينتج من استحقاق العامل من الربح في قبال عمله ان حصل له الربح وكون المعاطاة عقد أو لامورده البيع، و ذلك لاحتمال احتياج العلقة البدلية والربط بين العهدين المسمى بشدهما الى المبرز اللفظي، ولكن بعد فرض الجواز للعقد اللفظي والمعاطاتي لا أهمية لتنقيح هذه الجهة.

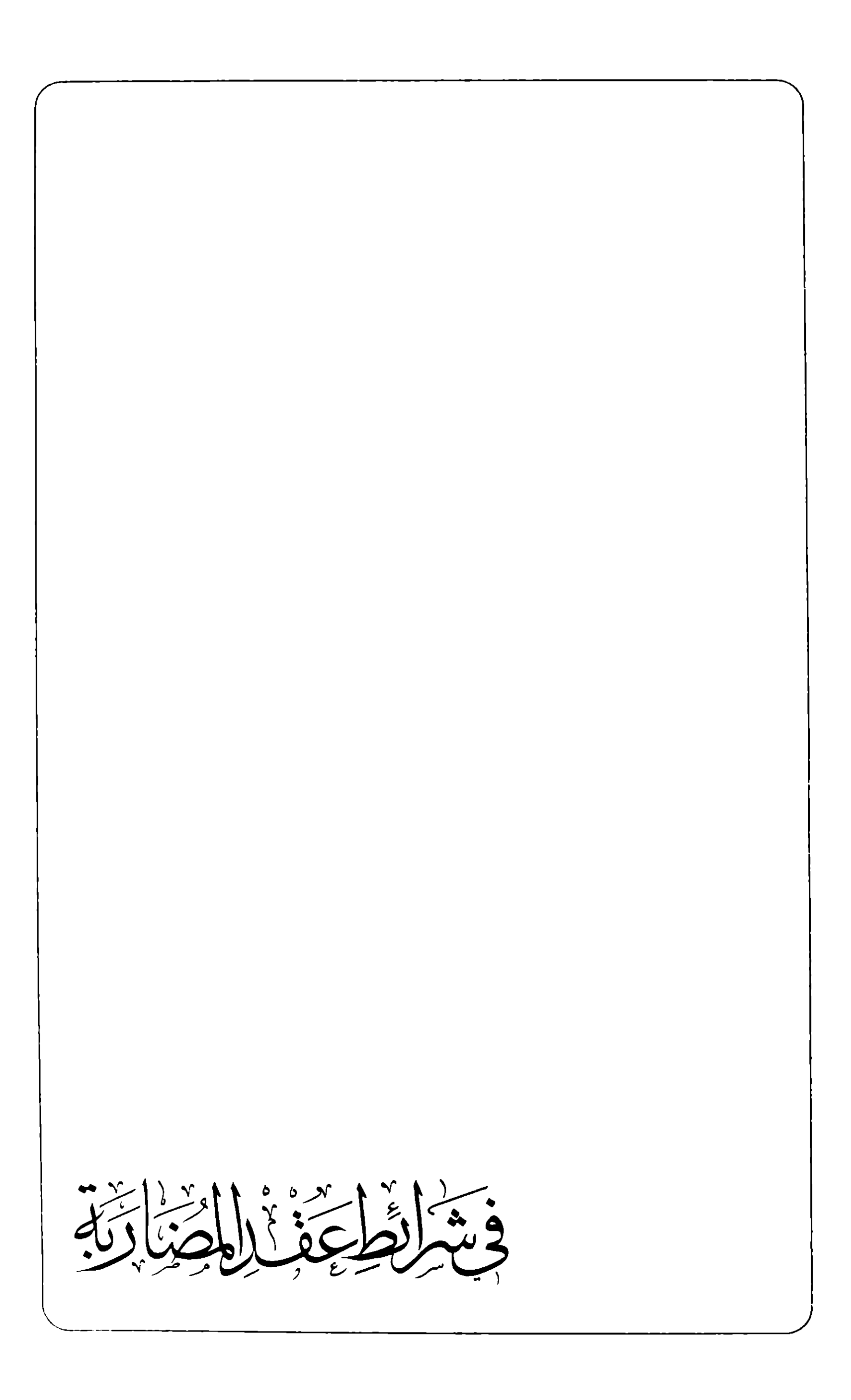
وهل تصح المضاربة لوكان الايجاب لفظياً والقبول فعلياً أم لا؟

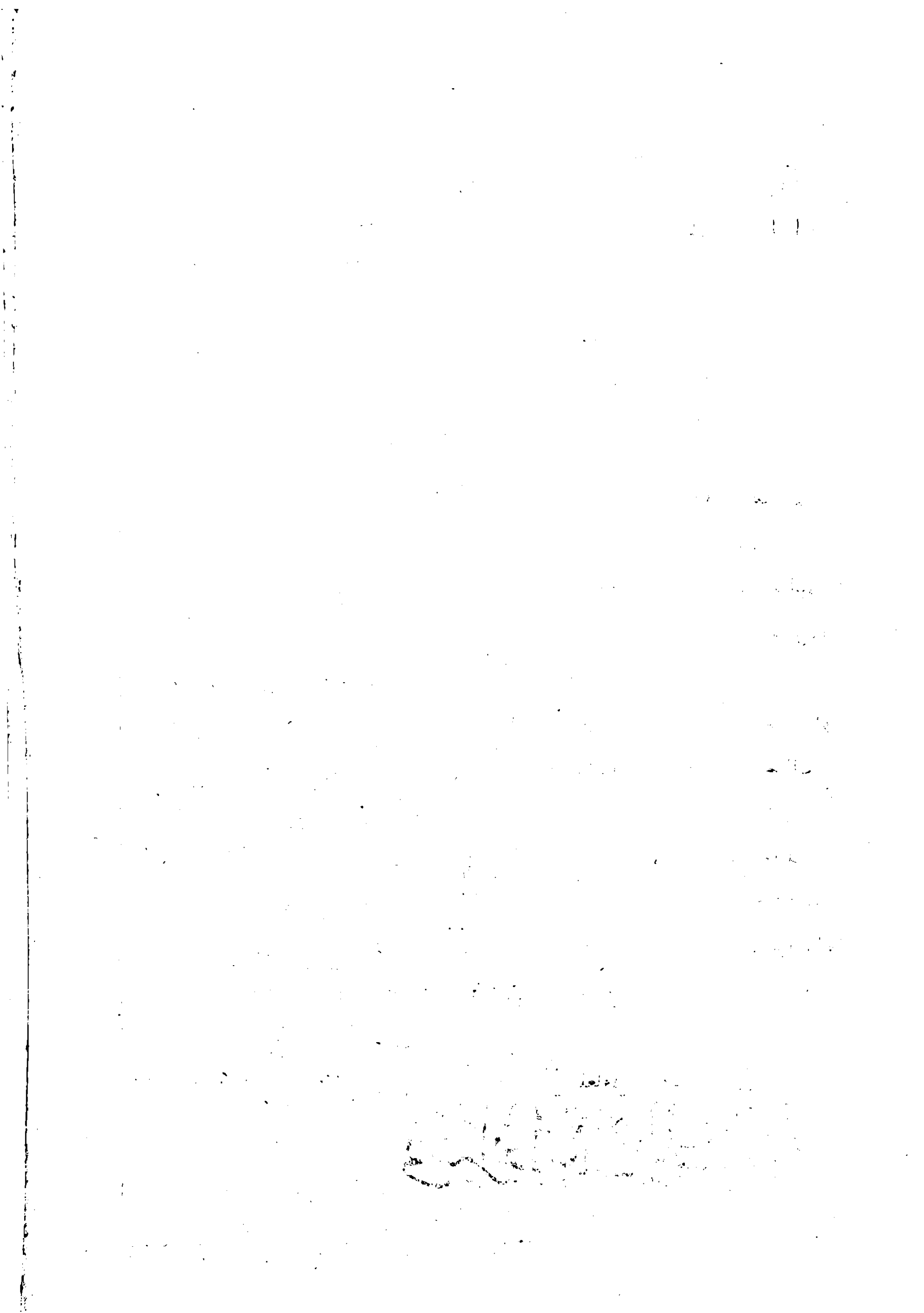
نقول: من الواضح أن تصرف العامل في المال في مورد كان الايجاب لفظياً والقبول معاطاتياً اشكال، وذلك من جهة عدم تحقق أي واحد من العنوانين.

الا أن يدعىٰ فى سببيته لمطلق الرضا وكفايته لمطلق الرضا وابراز الرضا من الطرفين في تحقق مضمونه، وهو أول الكلام كما هوالشأن في سائر العقود، خصوصاً مثل هذا العقد الذي لايفرق عن العقود في اقتضاء تملك العامل لمقدار من الربح بدل عمله، فيكون من سنخ العقود اللازمة. وانما يكون عقداً جائزاً في خصوص منع بقاء السلطنة للغير على التصرف في المال الجديد عند فسخ المالك، و ذلك لما تقدم منا من أن العقد الواقع في العقود الاذنية تكون العقود كلها عقوداً شخصية فتوجد و يؤثر أثرها، ولكن اذا طرأ عليها الخيار و عمل به ينعدم ولا يشمله دليل «أوفوا بالعقود» بخلاف العقود السنخية، حيث أن عقد البيع مثلاً اذا شككنافي طرو الخيار عليه أو طرو الفسخ عليه يبقىٰ العقد في نفسه جائزاً و يمكن الوفاء بالعقد، و أما في العقود الجائزة فلامعنىٰ لبقاء العقد بعد الفسخ أصلاً. وهذا هو الفرق بين هذا العقد والعقود اللازمة.

....

ومن هنا تعرف أنه يعتبر فيه كل ما يعتبر في العقود الأُخر من العقود اللفظية: من التنجيز ، و صراحة اللفظ ولومع احتفائه بالقرآئن الموجبة لظهور اللفظ في المراد، و غير ذلك من التواصل بين الايجاب والقبول، وأمثال هذه الشروط.


في شرائط عقد المضاربة



الفصل الثاني:

في شرائط عقد المضاربة

والعقل والاختيار و عدم الحجر لفلس أوجنون أمور [١].

الأول: فلا تصح بالمنفعة ولا بالدين، فلوكان له دين على احد لم يجز أن يجعله مضاربة الا بعد قبضه، ولو أذن للعامل في قبضه مالم يجدد العقد بعد القبض.

ولا يمكن أن لايتصل الايجاب بالقبول عرفياً بحيث يعد هذا القبول قبولا لهذا الايجاب، والافلايصح هذا العقد. ولهذا لولم نقل باشتراط قبض العامل ولكن يكفي فيه القبول المتصل بالايجاب أن يعمل في المال بعد وقوع العقد ولو معاطاتياً.

و قياس المقام بباب الوكالة من الاكتفاء بالقبول المتأخر ولو فعلياً، ممنوع. اذ لولا الاجماع على صحتها بمثله لننكره، فغاية الأمر يجوز للوكيل التصرف في المال لعلمه برضاه، لا أنه من الوكالة التي من شؤونها نفوذ تصرفاته قبل بلوغ العزل اليه.

[١] هذه الشروط متعلقة بالمالك الذي يكون مورداً للايجاب والتصرف في المال، وأما العامل فان العقد ينفسخ بعروض الجنون والسفه له:

نعم لو وكله على القبض والايجاب من طرف المالك والقبول منه بأن يكون موجباً قابلاً - صح. وكذا لوكان له على العامل دين لم يصح جعله قراضاً، الا أن يوكله في تعيينه، ثم ايقاع العقد عليه بالايجاب والقبول بتولي الطرفين[١]....

أما الجنون فيمكن التجارة من قبل الولي، فان له العمل بمال المجنون، و اذا اتجر بمال المجنون صح ذلك، و لهذا كررالماتن ذلك، وان كان العامل قدجن بعد وقوع العقد يكون الولي متكفلاً له ولايمكن أن يتصرف المجنون في ماله عندئذٍ كما لايخفى.

وأما مال الصبي، فان كان هناك صلاح و تكفل الولي ذلك فهو والافلا، ولا تصل النوبة في تصرف الحاكم الشرعي بأموال الصبي الا في بعض الموارد.

[١] أما كون المضاربة يشترط فيها العين دون المنفعة، فلعدم الاشكال في أن اعتبار العقلاء في المضاربة والهم الوحيد لهم انما هو الدفاع عن حق العامل، وان طبيعة عقد المضاربة يقتضي ذلك كما سيأتي الاستدلال له.

وفي هذا المجال هل يمكن أن تكون العين مورداً للمضاربة أم لا. فلو فرض أن اعطينا المال الى عامل لأن يعمل فيه مضاربة وعلم العامل أن اشتراء البستان له منفعة واشترى البستان كان ذلك صحيحاً. وأما اذا كان للمالك بستاناً وأراد أن يسلمه الى العامل لأن يجعله مضاربة، فلا يجوز ذلك، لأن عقد المضاربة على هذا البستان بعنوان المضاربة يتبعه أصالة الفساد، من جهة أن العرف لم يساعد في كونه مضاربة و نشك في شمول دليل المضاربة لمثل العروض، فلوكان عموم «أوفوا بالعقود» شاملاً للعقود الجائزة لكنا نحكم بجوازه.

فان التقريب الذي بنينا عليه في عدم جريان «أوفوا بالعقود» في العقود الجائزة وأن العقود الجائزة خارجة عن عموم «أوفوا بالعقود» تخصصاً، ففي مورد الشك لشمول عقد المضاربة تكون أصالة الفساد محكمة. وهذا الوجه يجري في المقام الذي يكون من العقود الجائزة، ولا تشمله أدلة «أوفوا بالعقود» كهذا العقد

....

بالتقريب المتقدم.

وأما اذا قلنا بشمول «أوفوا بالعقود» للعقود الجائزة، بتقريب أن العقود الجائزة لايحكم بوجوب حفظه ولكن على تقدير وجوده تشمله أدلة وجوب الوفاء بالعقود، وعليه ففي مورد العروض يكون دليل «أوفوا بالعقود» شاملاً له، لأنه يشك في شمول أدلة العمومات له، فتكون «أوفوا بالعقود» حاكمة بصحته. ولا مخرج لهذا الشمول الاقيام الاجماع على بطلان المضاربة في العروض، وادعاء مثل هذا الاجماع في المقام مشكل مع مصير مثل المحقق الى خلافه من تشكيكه في عدم صحة المضاربة بالقطعة من الفضة، فيمكن الحكم بالصحة في العروض كما لا يخفىٰ.

هذا كله في كون المضاربة بالعروض، وأما في المعاملات الرائجة المتعارفة في زماننا لا اشكال فيه، حيث أن مبنانا من عدم صحة المضاربة بالعروض وصحة العقد على العروض بالبضاعة، واذا صح بالبضاعة فلا فرق بينها و بين المضاربة من جهة العروض و غير ذلك.

ومن هنا تتضح مسألة الدين، حيث أن العقلاء انما يعتبرون المال هو المال الخارجي وان الدين انما يعتبرونه مالاً اذا جعلوه في الذمة مالاً خارجياً كما تقدم بيانه، والأدلة الواردة في المضاربة تعبر بالمال ليعمل فيه، والعرف لايرىٰ الدين مالاً من جهة احتياجه الىٰ العناية، فيبقىٰ حكم العرف على العين فقط، فتكون صحة المضاربة مبتنية علىٰ ان يكون المال نقداً، فان العرف لايعتبر الدين المحتاج الى العناية مالاً خارجاً.

فالنتيجة أن أصالة الفساد محكمة عند الشك من ناحية المضاربة، فالصكوك المتعارفة في زماننا لايمكن أن تجعل مالاً للمضاربة الا بالتوكيل، بأن يجعلها نقداً ثم يجعلها مالاً للمضاربة به.

وهل يحتاج في هذا الفرض الى تجديد العقد بعد جعلها نقداً أم لا؟

الثاني: أن يكون من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكة المعاملة بأن يكون درهماً أو ديناراً، فلا تصح بالفلوس ولا بالعروض، بلاخلاف بينهم، وان لم يكن دليل سوىٰ دعوىٰ الاجماع.

نقول: أنّ في الصكوك المتعارفة يكون حوالة على البنك وهو غير نقد فيحتاج الى تجديد العقد بعد نقده ولايكون مالاً خارجاً واما الصكوك التضمينية فانها تعتبر نقداً، واذا وقع عقد المضاربة عليها فلايحتاج الىٰ تجديد العقد بعد صرفها كما لا يخفىٰ.

فالّعبرة بالمالية والنقدية نظر العرف، فلو وجد عند العرف صدق النقد على الصكوك فلامانع من المضاربة بها وتقع صحيحة، وفي الموارد التي يشك في كونه نقداً عند العرف وعدمه تكون أصالة الفساد محكمة. هذا في المضاربة.

وأما البضاعة فيمكن أن تجعل مالا، سواءً كان منفعة أو لم يكن. و كذلك في مثل الديون، حيث أن عقد المضاربة لايصح بها، و عندالشك فائضاً أصالة الفساد محكمة.

وأما الاجماعات المتكررة و رواية السكوني[1] انما تكون في المضاربة، وأما في البضاعة فليس هناك اجماع ولانص، فلا مجال للشك حتىٰ يتمسك بالأصل، فتكون البضاعة فيه صحيحة. وقد تقدم أن المورد الذي لا تجري فيه المضاربة تجري فيه البضاعة، وفي هذا غنىً وكفاية.

وما قيل بالتمسك بـ«أوفوابالعقود» للعقد الواقع على المنفعة أوالدين. غريب جداً، و ذلك لما تقدم من استحالة التمسك بالعقود الجائزة، وعليه ففي مورد الشك تكون أصالة الفساد محكّمة. ومع ذلك لو دفع عروضاً الى العامل وشرط أن يكون الربح مشتركاً بينهما فانه- وان كان عقد المضاربة فاسداً هنا- الا أن الضمان

---

(١) مروية في الوسائل ١٣/ ١٨٧، و ستذكر مفصلا.

نعم تأمل فيه بعضهم، وهو في محله، لشمول العمومات الا أن يتحقق اجماع. وليس ببعيد. فلا يترك الاحتياط[١]....

بالأمر يجري في المقام، فيكون العامل مستحقاً لأُجرة المثل. وهكذا في الدين، حيث أن أصالة الفساد فيه محكّمة، الا أن الاذن في التعامل معه والاتجار به كان لمقدار من الربح للعامل، كما أن الاتجار به يوجب تلفه فان هذا التلف لما كان بأمر فيستحق أُجرة المثل.

هذا بناءً على وحدة المطلوب وعمل العامل بهذه المضاربة الفاسدة، وأما اذا كان عمل العامل لجهة أمر المالك له بالاتجار لا أنه بعنوان عقد المضاربة، فالعمل الواقع بهذه التجارة صحيح و يستحق أجرة المسمّىٰ للأمر بالعمل بهذا المال.

[١] أما الأدلة: فأولها الاجماع، وقد عرفت تشكيك مثل المحقق في ذلك، حيث تردد في مثل صحة المضاربة بالنقرة التي هي القطعة المذابة من الذهب والفضة، وفسرها البعض: بأنها مادة الذهب والفضة. فان احتملنا أن الدرهم والدينار ليس لهما خصوصية بل يصح ولو لم يكن نفس الذهب والفضة بل كان مادة الذهب والفضة، فلايمكن أن نقول بعدم تحقق الاجماع، لاحتمال ارادة خصوص الذهب والفضة المسكوكين.

مضافاً الى هذا، فان تعبيرات المجمعين دالة على أن المضاربة لابد وأن تكون بالأثمان ولم يقيدوا خصوص الذهب والفضة، وذلك للاشعار بدعم صحة المضاربة بالعروض كمالايخفىٰ.

أما الروايات فإنها وان لم يكن فيها اشعار بالأعم من الذهب والفضة، ولكن التعبير بالمال الذي يعطىٰ للمضاربة يظهر منه كون المضاربة بالمال - أي النقد - شرط لابد من تحققه، فيكون ما اختاره المجمعون مثل ماعن الخلاف والغنية اعتبار النقد في مقام العروض ولم يشترطوا كون المال متصفاً بوصف الذهب والفضة، فتجوز المضاربة بالنقود الرائجة في البلد ويصح ذلك كمالا يخفىٰ.

واحتياط الماتن الاستحبابي هنا أيضاً له مجال، لأحتمال انعقاد الاجماع على

ولابأس بكونه من المغشوش الذي يعامل به، مثل الشاميات والقمري و نحوها. نعم لوكان مغشوشاً يجب كسره، بأن كان قلباً لم يصح وان كان له قيمة، فهو مثل الفلوس[١]....

ذلك.

هذا، مضافاً الى أن مثل القاضي هنا -أعني الاجماع- قضى على صحة المضاربة في مثل الذهب والفضة ولم يقضِ بعدم صحة المضاربة في غيرهما.

[١] لا اشكال في أن المستفاد من الاجماع و ظاهر الروايات هو كونه نقداً، وما عندالعرف من النقود فكل ما كان من هذا القبيل تصح المضاربة به و يكون مشمولاً لآية «أوفوا بالعقود» والأدلة الاخرى. فاذا استقر بناء العقلاء على التعامل بما له ثمن عقلائى كانت المضاربة به صحيحة، ولو كان بناء العقلاء على التعامل في المضاربة بالذهب والفضة لاغيرهما فعندئذٍ لا تصح المضاربة الا بهما.

ولنا في هذا المقام جهتان لابد وأن نتعرض لهما:

الجهة الأولى: بناءً على التعامل بالذهب والفضة، لو كانا مستهلكين في غيرهما بحيث كان خليطه موجباً لاستهلاك الوصفين، لم‌تكن المضاربة فيه صحيحة وان كان مما يتعامل به الناس، لاشتراط هذين الوصفين و بالاستهلاك فقدا هذين الوصفين عرفاً، بحيث لايعد ذهباً ولافضة ولا مخلوطاً بهما، فلا تصح المضاربة به وان كان معتبراً من حيث النقدية عندالعرف الذي اعتبرنا صحة المضاربة به.

وأما مسألة وجوب الزكاة في هذه فانه من جهة التعبد، وانما تجب الزكاة في ذلك شيئاً من الجنسين الذهب أو الفضة، فيأمر الامام بسبكه حتى يحترق و يتميز. وهذا بخلاف المقام، حيث أن الفضه أو الذهب مستهلك فيه عرفاً بسبب الخلط، وهذا الاستهلاك عرفاً -كما هو معروف- لايكون موجباً لوجوب سبكه ولا يعد من الذهب والفضة حتى يعد من ذلك، ولكن هو نقد تصح المضاربة به كما ذكرنا.

ولو قال للعامل: بع هذه السلعة وخذ ثمنها قراضاً. لم يصح الا أن يوكله في تجديد العقد عليه بعد أن نض ثمنه[١]....

الثالث: أن يكون معلوماً قدراً و وصفاً ولا تكفي المشاهدة وان زال به معظم الغرر[٢]....

الجهة الثانية: ان الرواية الواردة في وجوب كسر المغشوش يظهر منها الارشاد الى الأمر العقلائي، فان العقلاء محتاجون الى أشياء، وللحصول على احتياجاتهم يعتبرون فيها النقود، وحيث أن النقود المعتبرة عندهم لها خصوصيات واجدة لتلك الخواص المعتبرة عندهم وعلى هذا فالفاقد لتلك الخواص حيث لايعتبره العقلاء لأغراضهم المقصودة باعتبارهم يلزم كسره عقلائياً وان كان له قيمة عند الكسر أيضاً ولكن لابد وان يخرج عن المدار، وهو تحصيل احتياجات العقلاء. والعقلاء يكسرونه فيما اذا خرج عن المدار المذكور و تكون قيمته باعتبار جنسه لاباعتبار كونه نقداً ويمكن تبديله بالنقد، كما هو واضح لمن تدبر.

[١] هذا صحيح ان لم يكن وكالة على البيع ثم ايقاع العقد من قبله عن المالك علىٰ هذا المال للمضاربة كمالا يخفىٰ.

[٢] أفتىٰ المشهور بلزوم التحرز عن الغرر بالنسبة الى الزايد عما تقتضيه طبع المعاملة، حيث يقتضي المنع منه في عقد المضاربة، وذلك لعموم النهي عن الغرر.

لكن يشكل جبر سند مثل هذا العموم، حيث لم يستندوا بمثل هذا العموم في الصلح وانهم يرون صحة الصلح ولو كان غررياً. والأدلة الواردة فهي في خصوص البيع والاجارة و مايلحق بهما، وأما غيرهما فهو حاصل من الاجماع أو غيره.

ومن الواضح أن العقلاء يرون مقداراً من الغرر موجباً لعدم انعقاد المعاملة الكلية. وهذه الجهة كما أنها تتحقق حين العقد كذلك تتحقق بما يرتفع الغرر حين المعاملة. وعلى هذا فالغرر يرتفع بالمشاهدة، اذ من الواضح بعد افتائهم بعدم العمل باطلاق نهي النبي (ص) عن الغرر ومن جهة افتاء المشهور بعدم بطلان

الرابع: أن يكون معيناً فلو أحضر مالين وقال قارضتك بأحدهما أو بأيهما شئت، لم ينعقد الا أن يعين ثم يوقعان العقد عليه. نعم لافرق بين أن يكون مشاعاً أو مفروزاً بعد العلم بمقداره و وصفه، فلوكان المال مشتركاً بين شخصين فقال أحدهما للعامل «قارضتك بحصتي في هذا المال» صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع، وكذا لوكان للمالك مائة

الصلح الغرري لم يثبت جبر سند هذا النبوي واختصاص الغرر بالبيع والاجارة. وأما في غيرهما فيثبت من ناحية الاجماع وغيره، لأن المرجع هو عموم «تجارة عن تراض»[1] و حينئذٍ فان تم في المسألة اجماع فيؤخذ به، والا فقد عرفت مصيره.

والاجماع الذي يمكن ادعاؤه في المقام هو في الغرر الذي يرتفع بالمشاهدة التي تؤول الى العلم، وامّا غير ذلك فلايكون مضراً في المقام.

وهذا هو مقتضى القاعدة أيضاً، وذلك بعد أن كان لنا عموم -وهو النهي عن الغرر- ولنا دليل على صحة المضاربة.

هذا، ولا اشكال من أن عقد القراض له مراتب من الغرر متفاوتة: منها مايرتفع بالمشاهدة، ومنها مايزيد على ذلك، ومنها مايكون ظاهراً أو منصوصاً بحيث لولا ذلك لايتحقق العقد. وأما غير ذلك من المراتب الأشد فلا تكون منصوصة في ذلك.

ومما يقتضي الصناعة أن في هذه الموارد بقيد الغرر الموجود في المراتب العاليه بذلك، لمكان أظهريته و منصوصيته. وعليه يخصص عموم الفرق بذلك، فيكون الغرر الذي يرتفع بالمشاهدة موجباً لتخصيصه عن عموم النهي عن الغرر، كما هو واضح. و بهذا قلنا بأن ادعاء الاجماع لايكون على غير ذلك، كما لايخفى على من أعارني فهمه.

---

(١) سورة النساء: ٢٩.

دينار مثلاً فقال «قارضتك بنصف هذا المال» صح [١]....

الخامس: أن يكون الربح مشاعاً بينهما فلوجعل لأحدهما مقداراً معيناً والبقية للاخر أو البقية مشتركة بينهما لم يصح [٢]....

---

[١] قد عرفت الكلام في أصل التعيين، فان القراض بأحدالمالين اذا كان بمفهوم الأحد و بمعناه النكرة فلا اشكال في بطلانه، اذ مفهوم النكرة لاوجود له عند العقلاء. وان كان بواقع أحدهما تخييراً لابمفهوم المردد -نظير الكلي في المعين- فلا اشكال في اعتباره عند العقلاء و يكون العقد عليه صحيحاً ولا احتياج الىٰ التعيين كما ذكره الماتن، فيصح ويكون اختيار التعيين بيد المالك. وقد قلنا بأن التعيين بمثل هذه الخصوصيات لادليل عليه كما سبق.

هذا، ولا فرق بين كون المال مشاعاً أو مفروزاً، لشمول الأدلة العامة لذلك.

وما قيل بأنه مع الشك في المفهوم يتمسك بأصالة عدم الأثر. بعيد كل البعد ممن قاله، لأن الأصل في الشبهات المفهوميه لا أثر له، ويكون المرجع هوالعمومات الحاكمة بالصحة كمالا يخفىٰ.

[٢] في هذا الشرط الخامس جهتان للربح: الجهة الأولىٰ هى الشركة فى الربح، والجهة الثانية أن تكون الشركة على نحو الاشاعة. اذ أن عقد المضاربة انما يكون بجعل الربح شركة بين المالك والعامل في قبال عمله، فان أصل الشركة أمر مفروغ عنه، وأما كونه على وجه الاشاعة أم لا فان مال المالك بمقتضىٰ التبعية يرجع الى متبوعه، وهو أصل المال فان مرجع الربح اليه بأجمعه.

وفي مورد المضاربة يجعل المالك مقداراً من الربح للعامل بأزاء عمله، فمن الواضح أن الربح حين العقد لم يكن موجوداً فكيف يمكن أن يجعل للعامل حصة منه. الا أن يصحح بكون الحصة المجعولة للعامل بعنوان الجعالة لابعنوان المضاربة، وان عين له من الربح مقداراً كان ذلك بضاعة وليس مضاربة.

فجعل الحصة المقدرة للعامل في عقد المضاربة لايمكن الا أن تكون شركة، بمعنىٰ جعل العامل شريكاً في الربح. والمفروض أن الربح لم يحصل بعد، فجعله

السادس: تعيين حصة كل منهما من نصف أو ثلث او نحو ذلك.
الا أن يكون هناك متعارف ينصرف اليه الاطلاق[١]....

شريكاً على تقدير وجود الربح لايمكن الا بجعل الشركة والا تخرج المعاملة عن المضاربة، لأنه ان أراد المضاربة يلزم ضمان مالم يجب.

هذا من ناحية اصل الشركة، وأما الجهة الثانية فان الشركة كما يمكن أن تكون على وجه الاشاعة كذلك يمكن أن تكون معينة من دون أن تكون مشاعة، فان جهة الاشاعة زائدة على جهة الشركة. ولكن هل تكون داخله في حقيقة المضاربة كما في دخالة الشركة هنا أولا تكون دخيلة في حقيقة المضاربة؟ فذلك راجع الى الذوق العرفي حيث يقضي بذلك، لأن العامل ان جعل له مقداراً معيناً من الربح مائة دينار مثلاً والزائد للمالك لايوجب تشجيع العامل على السعي في التجارة. وهذا بخلاف مالو جعل له النصف من الربح أو الثلث أو الربع أو غير ذلك، حيث يوجب سعيه المتزايد و تشجيعه في العمل اكثر فأكثر. وهكذا في شرط العامل على المالك ذلك، اذ كماقال المحقق يمكن أن يوجب ربحاً زائداً، وفي موارد القصد لحصول الربح الزائد لايمكن أن يجعل مقياساً للحكم الكلي.

مضافاً الىٰ هذا، فان الروايات التي تحكم بأن الربح بينهما، يكون هذا الحكم مقيداً، وهل يكون مفهومه مقيداً أيضاً أم لا؟ فذلك مشكوك . فان تقييد مفهوم المضاربة اذا شك فيه تكون أصالة الفساد محكّمة بعد عدم احراز المضاربة عرفاً.

و بهذا فقد أجبنا على ما قاله بعض المحشين بأن اطلاق الحكم وان كان يقتضي الربح بينهما الا أن ذلك لاينافي الشرط، فان دخله في المفهوم يوجب أن يكون الشرط خلاف مقتضىٰ العقد. وعلى هذا فلا تكون مثل هذه الحواشي مقتضية للجواب والرد.

وأما ماقيل من تضييق الحكم دون المفهوم واستبعاد ماذكرناه. فلايكون شأن الفقيه الذي لادليل له كما لايخفىٰ.

[١] هنا ثلاث مراحل لنافي تعيين مقدار الربح الذي يرجع الى العامل أو

السابع: أن يكون الربح بين المالك والعامل فلو شرطا جزء منه لاجنبي عنهما لم يصح، الا أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجارة. نعم ذكروا أنه لواشترط كون جزء من الربح لغلام أحدهما صح ولابأس به، خصوصاً على القول بأن العبد لايملك لأنه يرجع الى مولاه. وعلى القول الاخر يشكل، الا أنه لمّا كان مقتضىٰ القاعدة صحة الشرط حتىٰ للأجنبي -والقدر المتيقن عدم الجواز ما اذا لم يكن غلاماً لاحدهما- فالأقوىٰ الصحة مطلقاً، بل لايبعد القول به في الأجنبي أيضاً وان لم يكن عاملاً، لعموم الأدلة [١]....

المقدار الذي يرجع الىٰ المالك بعد كونه مشاعاً: المرحلة الاولىٰ هي الشركة، والثانية الاشاعة، والثالثة تعيين المقدار المشاع الذي يكونان شريكان به. وهل تكون هذه مما يدل عليه دليل المضاربة، كما اذا أوقع عقد المضاربة بقوله «ضاربتك بهذا المال على أن يكون الربح بيننا» ولم يعين مايستحقانه بل اطلق، فهل تكون هذه المضاربة صحيحة أم لا؟

فقد عرفت مما تقدم أن الجهالة التي تؤول الى العلم لامرد لها في المضاربة، وذلك على القاعدة، لأن في عقد المضاربة بل في كل العقود الاذنية المملّكة انما يدخل الربح بعد حصوله من المورد الذي خرج منه. وعلى هذا بعد أن كان الربح تبعاً للأصل فقهراً انما يدخل أولاً في ملك المالك ثم يخرج عن أصله الى ملك العامل حسب العقد الاذني، وتكون ملكية المالك مؤمنة لمال العامل. وفي هذا المورد لا احتياج الىٰ مايرفع الجهالة الا أن تؤول الى العلم، لأن بعد دخوله الى ملك المالك يخرج الى ملك العامل بما بنى عليه أهل العرف والعقلاء، لأن عنوان التجارة مع المال فقهراً يكون معروفاً عند العقلاء والاطلاق ينصرف اليه، فلا تكون الجهالة مضرة فيه أصلاً. ولو حصل اختلاف فيه كان العرف فاصلاً، لأنه شغل معين وهو التجارة.

[١] لا اشكال في أن عقد المضاربة يقتضي فيه كون الربح بين المالك

....

والعامل من دون أن يكون غيرهما شريكاً معهما وان مفهوم عقد المضاربة مقتضياً لهذا. وأما اذا كان العمال متعددين فكذلك، حيث أن الأطراف اذا تعددت تتعدد السهام قهراً. وهذا أيضاً من الأُصول الموضوعية.

وأما اذا أراد أحد الطرفين اشتراط شركة شخص آخر غير العامل في الربح، فالظاهر كون هذا الشرط مخالفاً لمقتضىٰ عقد المضاربة، حيث أنه تعقد المضاربة بين المالك والعامل و شخص أجنبي غير واجد للعمل، فلا تكون المضاربة صحيحة، لأن هذا مخالفاً للكتاب والسنة. نعم قام الاجماع على جواز شركة غير الأجنبي من الربح في الربح اذا كان غلاماً لأحدهما، وهو مسلم عندهم.

و وجّه بعضهم هذا الا تفاق: بأن المجمعين يحكمون بأن العبد لايملك، وعدم ملكية العبد تقتضي أن مايحصل من الربح يرجع الى مولاه. و ممنوعية تملك العبد و رجوع الربح الى مولاه تقتضي اشتراط كونه شريكاً في الربح، باعتبار أن ما يحصل لمالك الغلام يزيد عمن ليس له غلام، وجوّزوه من هذه الناحية.

ولكن كلمات المجوزين بحسب الظاهر أعم من ذلك، اذ يجوّزون اشتراط كون الغلام بدون عمل يكون شريكاً في الربح مضافاً الى أنهم قائلين بملكية العبد، ففي هذا المقام لابد وأن يكون السرفيه غير ذلك، فان عقد المضاربة كما قلنا ان مدار الشركة في الربح على العمل وغير هذا يوجب بطلانه.

ولكن اشتراط كون الأجنبي معهما في الربح لايضر بالعقد ولايكون خلاف مقتضىٰ العقد، اذ أن العقد يقتضي العمل والتجارة والربح، وأما شركة الأجنبي في هذا الربح بدون العمل في عقد المضاربة فانها ممكنة، حيث أنّ بناءه على جلب الربح، وبعد حصوله اشترط شركة شخص أجنبي، حيث أن رتبته متأخرة عن العقد، فلايكون اطلاقه منافياً لمقتضىٰ العقد. وذلك لأن العقد تارة يكون مقتضياً لأمركان اشتراط خلافه شرطاً مخالفاً لمقتضىٰ العقد فيبطل الشرط، وتارة بالنسبة الى الأمر المشروط يكون العقد غير مقتض لاشتراط خلافه فلايكون مخالفاً لمقتضىٰ العقد

الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط ان يكون رأس المال بيدالعامل فلو اشترط المالك أن يكون بيده لم يصح لكن لا دليل عليه، فلا مانع أن يتصدى العامل للمعاملة مع كون المال بيدالمالك كما عن التذكرة [١]...

فيصح الشرط. وحيث أن مفهوم العقد انما يكون بين المالك والعامل و بعد ذلك لا اقتضاء للعقد بالنسبة الى شركة شخص ثالث في الربح بعد تحقق العقد على ما يقتضيه لأن شركة الثالث في الربح بدون العمل مسكوت عنه في العقد مضافاً الى أن المتفاهم عدم الاقتضاء- فقهراً لاينافي أدلة الشرط بعد كون الشرط مقتضياً لشركة الثالث أينما كان. وهذه هي القاعدة التي بنىٰ عليها الماتن.

وأما لزوم العقد الذي أتىٰ من جانب الشرط -على تقدير وجود العقد- تستحيل سرايته الى العقد الجائز بعد أن كان العقد محدوداً بحد، فلا ينافي العقد الذي بنىٰ كونه بين المالك والعامل، فيجوز اشتراط الربح للغلام وان قلنا بأنه يملك وكذلك للأجنبي وان لم يكن عملاً كما لايخفىٰ.

[١] ان تحقق عقد المضاربة يقتضي أن يكون هناك مالاً و تجارةً واسترباحاً، فهذه الجهات اذا كانت مستلزمة للعقد لابد من وجودها في الخارج حتى يتحقق ذلك، لتوقفه على اعطاء المال بيد العامل و تسليمه اياه قبل العمل و بعد العقد وغير ذلك. لكن الانصاف في حصول التجارة والربح عدم توقفهما على تسليم رأس المال الى العامل خارجاً بل يكفي وجوده عند المالك.

وأما تحقق مفهوم المضاربة فهل يستلزم ذلك أو لا،فان الظاهر من العمل في المال هو جواز التصرف فيه خارجاً. والمفهوم العرفي من المضاربة عبارة عن العمل في المال، وهذا يقتضي كون يد العامل مسترسلة في المال، فانها: تارة تقتضي كون المال في يده، وتارة يكفي كونه بيد المالك و يراجعه العامل عند المعاملة، و تارة غير ذلك، مثل كونه عند شخص ثالث و هكذا. فان مفهوم عقد المضاربة يقتضي الاسترباح بالمال، فلابد وأن يكون كل ماهو دخيل في حصول الربح مورد تأييد المتعاقدين، و بهذا لابد من ملاحظته.

التاسع: ان يكون الاسترباح بالتجارة وأما اذا كان بغيرها - كأن يدفع اليه ليصرفه في الزراعة مثلاً ويكون الربح بينهما يشكل صحته، اذ القدر المعلوم من الأدلة هوالتجارة، ولو فرض صحة غيرها للعمومات كما لايبعد لايكون داخلاً في عنوان المضاربة[١]....

---

[١] شرّع القراض أو المضاربة في الموارد التي لا تنطبق عليها باقي العقود وفي الموارد التي لا تستسيغه باقي العقود، لذا قلنا بجريانه في المعاملات وعدم مضرة الجهالة له، فان بناء العرف استقر على ذلك في موارد يعجز عقد الاجاره عن حله وفي موارد تعجز الجعالة عن حله، وكذلك باقي المعاملات التي تعجز عن التورط فيه. وذلك لأن عقد المضاربة شرّع في مورد لم يكن العمل معلوماً ولاقدر العوض معلوماً بل المعلوم هو العمل، و ذلك لايكن الا بالتجارة والاسترباح. ولهذا قلنا بعدم مضرة الجهالة، وهو لايستقيم الا بالتجارة.

وأما باقي الحرف فلجهة معلومية عقدها لايمكن أن تكون مورداً لعقد المضاربة، والمضاربة كذلك لايمكن لها أن تكون جارية في باقي العقود، فان بينهما تباين موضوعي. والذي يشهد لذلك هو الأدلة الواردة في المقام في قوله عليه السّلام «يعمل بالمال»، فان العمل بالمال معناه أن نفس المال يكون العمل فيه، وهو ينافي الزراعة والطبخ والتخبيز وغيرذلك من الحرف، فالعمل لابدوأن يكون بالمال.

هذا، و يمكن أن يقال: بأن المناط لعقد المضاربة هو التجارة بالمال، فيكون الأمر كما قاله الماتن وأعاظم القوم، ولكن لابد من النظر في كلامهم:

فان كان المدار هو التجارة ولم يكن شيئاً آخر مورداً لنظر العقلاء والشارع، كان الامر كما ذكروه. ولكن ليس كذلك، بل أن تشريع عقد المضاربة كان لأجل الدفاع عن حق العمال، وفي جميع موارد المضاربة انما يراعى مقدار الربح الذي يكون العامل شريكاً فيه، فان الغرض منها مراعاة مصلحة الربح. وعلى هذا فلابد وأن تكون مصلحة الربح ملحوظة.

وأما ماقاله الفقهاء: من أن العقد شرّع في المورد الذي يلازم الغرر، وذلك

العاشر: أن يكون رأس[١] المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به. مع اشتراط المباشرة من دون الاستعانة بالغير، أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانة، بالغير، والا فلايصح، لاشتراط كون العامل قادراً على العمل، كما أن الأمر كذلك في الاجارة للعمل، فانه اذا كان عاجزاً تكون باطلة. و حينئذٍ فيكون تمام الربح للمالك و للعامل أجرة عمله مع جهله بالبطلان و يكون ضامناً لتلف المال الامع علم المالك بالحال.

لايكون الافي المضاربة حيث يستقيم ذلك فيها، لأن المقصود هو الاسترباح و غيره لايكون مقصوداً، فلهذا لايكون العمل أيضاً معلوماً بل كل ماجلب الربح. فلوكان المناط هوالعمل و تحصيل الربح كان ذلك جارياً حتى في مثل الحرف والزراعة وغير ذلك من جهة وجود القيدين.

وأما ما ذهب اليه الماتن من أن المضاربة غير جارية في هذه الموارد. فهو غير تام، من جهة أن العمومات شاملة لها، حيث أنها من العقود العقلائية. نعم اذا كانت من العقود المتعارفة لا تشملها العمومات كمالا يخفىٰ.

فالكلية التي تكون هي المناط في صحة مفهوم المضاربة موجودة، و يتمسك بعمومات المضاربة مضافاً الىٰ مايستفاد من كلمات الفقهاء، فانهم انما يمنعون من وقوع المضاربة على مثل الحرف والزراعة، وأما وقوعها على العمل المربح و اختيار العامل للزراعة والخبازة فعندهم صحيحة، كمالا يخفىٰ على من تتبع كلماتهم.

[١] في هذه المسألة عدة فروع لابد من بيانها:

الفرع الأول: القدرة هل هي شرط في مفهوم المضاربة آم لا بحيث اذا لم يكن العامل قادراً على التجارة تبطل المضاربة، أو أن القدرة شرط في العامل بحيث اذا لم يكن قادراً على التجارة بهذا المال لم يوجب بطلان عقد المضاربة بل يكون العامل ضامناً للمال فلابد من ملاحظته.

فنقول: لا اشكال في صحة كلام المشهور و صحة كلام المتأخرين أيضاً، فصحته على كلام المشهور من جهة أن العامل اذا قبض من المالك مقداراً لاقدرة

وهل يضمن جميعه لعدم التميز مع عدم الاذن في أخذه على هذا الوجه، أو القدر الزائد لأن العجز انما يكون بسببه فيختص به، أو الأول اذا أخذ الجميع دفعة والثاني اذا أخذ أوّلا بقدر مقدوره ثم أخذ الزائد ولم يمزجه مع ما أخذه أولاً؟ أقوال، أقواها الأخير.

له على التجارة به فانه يضمن الكل، المقدار المقدور والمقدار غير المقدور، سواء كان المالك عالماً بغير مقدورية العامل أو جاهلاً بذلك: أما في صورة جهله فعلى مقتضى القاعدة، وأما في صورة علمه فقد يقال بعدم الضمان من جهة اقدام المالك فلايكون العامل ضامناً. ولكن فيه تأمل ظاهر، اذ حكمه حكم المقبوض بالعقد الفاسد الموجب للضمان حتى مع علم المالك بالفساد، وان اقدام الطرف كان بعنوان الوفاء بالمعاملة، وهذا المقدار لا يوجب رفع احترام ماله.

وأما ماقاله المتأخرون من أن صحة القراض مشروطة بكون العامل قادراً على تقلبه بالمال بتمامه والافلا تكاد تصح المعاملة بمقدار عجزه، لأن قدرته على العمل من قوام هذه المعاملة عرفاً، فعليه مع العجز عن العمل في مقدار منه لا تصح المضاربة بالنسبة اليه و تصح بالنسبة الى المقدور منه.

ولايخفى على هذا أن يكون بمقدار المقدور صحيحاً وبالنسبة الى الغير مقدور منه باطلاً ويوجب الضمان بالنسبة الى الزائد عن المقدورمنه. وهل يوجب ذلك ضمانه لجميع المال حتّى بالنسبة لمقدار صحة المعاملة فيه، اذا المفروض انه بنحو الكلي في المعين وهو يقتضي خروج الخصوصيات الموجودة عن تحت الضمان مع فرض استقرار اليد عليها. أو يقتصر على ضمان المقدار الزائد الذي هو أيضاً بنحو الكلي في المعين، اذ لا مقتضى للضمان الا بالنسبة الى المقدار المذكور غير الصادق على كل قطعة خاصة، فلا موجب للضمان بالنسبة الى جميع القطعات كما هو واضح؟

وفيه: ان اليد على المال مقتض لضمانه بأجمعه ماعدا الأيادي الأمانية، واذا فرض في مورد تعلق الأمانة بالكلي في المعين فغاية مايقتضيه نفي الضمان بالنسبة الى الكلي المذكور، وأما نفي الضمان عن الخصوصيات الواقعة تحت اليد

و دعوىٰ أنه بعد أخذ الزائد تكون يده على الجميع وهو عاجز عن المجموع من حيث المجموع ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه، اذلو ترك الأول و أخذ الزيادة لايكون عاجزاً كماترىٰ، اذ الأول وقع صحيحاً والبطلان مستند الى الثانى و بسببه والمفروض عدم المزج.

فلاموجب له، فاليد عليها بضمان الجميع باق بحاله. وعليه فالقاعدة تقضي بضمان المال أجمع وان كانت المعاملة صحيحة مع ضمان جميع المال.

وهذا هوالوجه في ذهاب المشهور الى الضمان كمالا يخفىٰ.

الفرع الثاني: انما يوجب بطلان العقد عن كلية المال والضمان لكل الأموال المعقود عليها اذا كان بنحو وحدة المطلوب، وأما اذا لم يكن بنحو وحدة المطلوب -بحيث أوقع العقد ولم يشترط على العامل أن يشتغل بالتجارة بهذا المال وحده من دون الاستعانة بالغير بل أطلق أو صرح بالتجارة ولوباستعانة الغير- صح في تمام المال ولايكون ضامناً الا ما نقول به في تمام المضاربة. وذلك لأن عدم القدرة الذي يكون مناطاً للبطلان وضمان الأموال انما هو في مورد أخذ العامل بنحو وحدة المطلوب، بحيث اقتضت مصلحة المالك أن يتجر العامل وحده من دون الاستعانة بالغير ولا تسبيب منه الى غيره، بل على أن يتجر وحده بهذا المال، واذا لم يكن قادراً على ذلك فتأتي التفصيلات.

الفرع الثالث: أن تكون المضاربة مطلقة ولم تؤخذ التجارة من قبل العامل على وحدة المطلوب، بل اما أن يكون مطلقاً أو صرح بامكان التجارة بالمال ولو على نحو التسبيب، فلا مجال للضمان ولا البطلان في ذلك، فيصح في المقدور مباشرة أو في تمامه تسبيباً، فلا ضمان و لا بطلان أصلاً.

وهذا بخلاف الفرع الثاني، حيث أن البطلان والضمان للكل يدور مدار وحدة المطلوب حتى من ناحية التسبيب كما ذكرنا.

الفرع الرابع: أن يكون بنحو الاستعانة بالغير، و ذلك فيما اذا كان بنحو المعاملات المتعارفة في أيدي الناس، والا فلا تشمله العمومات في صورة التسبيب

هذا، ولكن ذكر بعضهم أن مع العجز المعاملة صحيحة، فالربح مشترك ومع ذلك يكون العامل ضامناً مع جهل المالك.

والاستعانة بالغير.

الفرع الخامس: وهو أن يقال بعدم الصحة في المقام مراعاة للأمور المتقدمة، ففيه يصح وفي غيره لايصح، ولامجال للاطلاق.

الفرع السادس: ان البطلان في الاجارة -على ماسيأتي تفصيله- اذا كان العمل فيه على نحو وحدة المطلوب، وأما اذا كان بنحو تعدد المطلوب لايبطل و يصح في المقدور منه على نحو وحدة المطلوب، و يجري بالنسبة الى غير المقدور منه خيار تبعض الصفقة.

ولكن فيه أن المقام لايكون من موارد تبعض الصفقة، و ذلك لأن المضاربة لوكانت على نحو تعدد المطلوب تصح ولا تكون القدرة المأخوذه فيها منافية لأخذ المساعدة من الغير في غير المقدور. ففي المقدور يصح وأما في غير المقدور فلا يصح أصلاً، لما قلناه من أن القدرة شرط في أصل انعقاد عقد المضاربة، فلا مجال لجريان مناط خيار تبعض الصفقة، لأنه لايجري في المقام بل يدور الأمر بين صحة العقد من أصله أو فساده من أصله كذلك.

الفرع السابع: ان المقام لايقاس بالاجارة، لأن العامل في الاجارة أقدم على العمل بقصد التعويض المطلق لافي فرض دون فرض. وهذا بخلاف المضاربة، حيث أنه أقدم بقصد الاسترباح في فرض وعلى وجه المجانية في فرض آخر، ومع الفرض الثاني عند البطلان لااحترام لعمله. وسيأتي التفصيل في ذلك.

الفرع الثامن: ان فرض البطلان وعدم قدرته على الاتجار بالمال: تارة قبل ظهور الربح، و تارة بعد ظهور الربح. وعلى كلا التقديرين: تارة مع علم المالك، وتارة مع جهل المالك، وهكذا تارة يكون مع علم العامل بالبطلان، و تارة مع جهل العامل بالبطلان. ففي كون البطلان و عدم قدرته على الاتجار بالمال قبل ظهور الربح، فقد عرفت تفصيله من أن العامل لايستحق من المال شيئاً ولا يستحق أجرة المثل

ولا وجه له، لما ذكر نامع أنه اذا كانت المعاملة صحيحة لم يكن وجه للضمان ثم اذا تجدد العجز في الأثناء وجب عليه رد الزائد وإلاّضمن.

أيضاً، لما قلناه سابقاً مفصلاً نظير المقبوض بالعقد الفاسد، سواءً كان المالك عالماً بالفساد أو جاهلاً به، و سواءً كان العامل عالماً بالبطلان أو جاهلاً به. ولا اشكال فيه كما تقدم.

وأما اذا كان كشف الفساد والبطلان بعد ظهور الربح فسيأتي فيه التفصيل، اذ أن العامل أقدم على الاتجار بالمال وكان العمل منه بداعي الوفاء بمقتضىٰ عقده، فيجري فيه مناط الأمر الموجب للضمان، لصدق استيفائه له الراجع ضمانه اليه، فيستحق أُجرة المثل والمالك يستحق تمام الربح لأن المال مال المالك والربح يتبع أصله كما تقدم التفصيل فيه.

الفرع التاسع: وهو عدم استحقاق العامل للاجرة، سواء كان عالماً بالبطلان أو جاهلاً به قبل حصول الربح، وأما بعد حصوله فقد عرفت أن الربح كله للمالك و يكون للعامل أجرة مثل عمله.

وهذا كله فيما اذا كان النزاع في بطلان العقد، وأما في مورد فسخ المالك أو العامل حين العقد فايضاً يكون محلاً للنزاع، فنقول في ذلك: ان الفسخ الصادر من العامل أو المالك لافرق بينهما، حيث أن الفسخ يصح ولو كان المال عروضاً، لامكان كونه جائزاً، لا اشكال في استحقاق العامل للربح في قبال عمله بالتقريب المتقدم.

ولوفسخا قبل الاسترباح وقبل العمل فلاشيْ للعامل جزماً، وأما لوفسخا بعد العمل وقبل الاسترباح فلا يستحق العامل شيئاً أيضاً لا أجرة المسمىٰ ولا أجرة المثل، وذلك نظراً الى أن مفاد عقد المضاربة كون العمل في قبال الربح على فرض وجوده والا فيكون العمل مجاناً. وحيث أن العامل هوالذي أقدم على العمل بهذا العنوان فلاوجه لاستحقاق الأجرة عند فسخه.

....

ولايقاس هذا بباب الاجارة، لما عرفت وجهه، اذهو مقدم على العمل على وجه التعويض في فرض وعلى وجه المجانية في فرض آخر. وعلى الفرض الثاني عند الفسخ لا احترام لعمله، و ذلك لقصده المجانية في عمله، وهو مبتن على قصور المعاملات الصادرة عن مورد استفادة الربح لاعن قصور العامل عن العمل ولو من جهة الفسخ للعقد.

وحينئذٍ لامجال للقول بالتفصيل بين فسخ العامل أو المالك، كما توهمه صاحب الجواهر (قدس سره)، الا توهم صدق الا قدام في العامل بفسخه.

وفيه نظر، اذ الاقدام من العامل صدر بقبول العقد منه، فالأمر يدور بين الاحتمالين الأولين: من أن العامل أقدم بالعقد بعنوان التعويض المطلق، أو أقدم على العقد على وجه التعويض في فرض والمجانية في فرض آخر. ومن الواضح أنه لم يقدم على هذه المعاملة على نحو التعويض المطلق كما في باب الاجارة، بل أقدم على التعويض في فرض وعلى المجانية في فرض آخر، ففقده المجانية مبتن على قصور المعاملة عن ايجابه للربح واستفادة الربح لاعن قصور العامل عن العمل، بل يكون عن قصور المعاملة عن ايجابه لذلك. فاذا شك في أن العامل أوقع العقد بنحو الأول -بمعنىٰ اقدامه على المعاملة على وجه التعويض تارة وعلى وجه المجانية تارة أُخرىٰ- أو أنه أقدم على المعاملة بنحو التعويض المطلق لافي فرض دون فرض، فاذا دار الأمر بين هذين الاحتمالين فعلىٰ الاحتمال الأول لايوجب الضمان وعلى الاحتمال الثاني يوجبه وهو أجرة المثل.

ومن الواضح أنه لوشك في أن اقدامه كان على نحو المجانية في فرض و عدمها في فرض آخر، فلابد من الرجوع الى الأصل. ومن الواضح أيضاً كون الشك من قبيل الشبهة المصداقية على الاحتمال الثاني المنتج للضمان، اذا الشك في أنه مقدم مطلقاً أو أنه مقدم في فرض دون فرض، فاستصحاب عدم ترتب الربح يكون حاكماً على أصالة احترام عمل المسلم. وعليه فلايستقيم كلام صاحب الجواهر.

....

وهذا التفصيل الذي اخترناه يجري في صورة فساد العقد أيضاً، مضافاً الى الجهات المتقدمة.

وهنا كلام لابد من الاشارة اليه ويكون في بعض الموارد منطبقاً على مالو كان الانفساخ من جهة فساد العقد وأخرى ينطبق على مالو كان جهة احتمال الخيار من الطرفين:

أما في صورة بطلان العقد بالفساد، فقد قلنا بأنه قبل وجود الربح لايكون العامل مستحقاً لشيء، وأما اذا كان بعد ظهور الربح فالأمر بذلك يقتضي ضمان أجرة العامل على المالك لمسألة الضمان بالأمر كما تقدم. ولكن الأرباح ترجع الى المالك. ولكن الأرباح لما كانت المعاملات فضولية فلابد من أن يجيز المالك حتى تكون مستندة اليه، وأما قبل الاجازة فلاربط له بها فيحتاج الى اجازة المالك كما هو واضح.

وأما في مورد الفسخ في المعاملات الصحيحة فلا اشكال في عدم استحقاق العامل اذا فسخ قبل حصول الربح لامن المسمى ولامن المثل، لأنه هو الذي أقدم على ذلك. ولايفرق بين فسخ العامل أو المالك، فيصح منهما الفسخ ولو كان المال عروضاً. ولايفرق كذلك بين حصول الربح أو عدم حصوله كما تقدم.

فاذا فسخ العامل فان الفسخ يكون من حينه، فتكون المعاملات الواقعة في عالم صحة العقد قهراً، فيكون المالك مالكاً لأرباحها. وحيث أن العامل فسخ العقد وكان الفسخ حل العقد من حينه و نتيجته سواء كان من العامل أو المالك كما سيأتي في محله أيضاً على ثلاثة أنحاء:

١ــ مصير المشهور.

٢ــ مصير ما يرجع الى طريقة المشهور.

٣ــ مصير التورب في النتيجة.

ولكن الكلام في فسخ العامل، فنقول: ان الأمر كما عرفت فيما تقدم من عدم

....

استحقاق العامل شيئاً حين الفسخ وقبل حصول الربح، ولتوضيح ذلك لابد من تقديم مقدمة، فنقول: أولاً ما معنىٰ الفسخ الذي يتحقق تارة من المشتري وتارة من المالك ومزية كل واحد منهما عن الاخر وعلى تقدير تحقق الفسخ.

فالفسخ يتصور على وجوه ثلاثة.

والكلام في مورد عدم تحقق الربح في رأس المال، وقد قلنا بالفسخ لايستحق العامل شيئاً على ماتقدم.

فأما الوجه الأول: هو أن الفسخ بعد أن كان في العقود الاذنية -و معناه تحقق التصرف من العامل والمالك حسب ارادتهما- فالفسخ يوجب انهيار التلائم بينهما، وهذا الانهيار يتصور بطرق ثلاثة:

الطريق الأول: تقدم أن الفسخ من العامل أو المالك يكون رجوعاً عن اذنه في التصرف في المال عن المالك وعن العمل في العامل.و نتيجة ذلك كون الأعمال السابقة ليست مضمونة من جهة عدم الربح، وكان العمل مجاناً اذا أقدم بدون الربح على الفسخ وليس له أُجرة المثل.

الطريق الثاني: أن يكون الفسخ في المقام بمعنىٰ الفسخ في باب الاجارة من حلّ العقد، فان كان بالنسبة الى خصوص الأعمال الآتيه بناءً على تصور التبعيض في الفسخ، حيث أن الأمر بالنسبة الى الأعمال السابقة تكون كالأمر المتقدم في أن الأعمال الصادرة من العامل غير مضمونة، سواء كان الفسخ من العامل أو من المالك، كما نقول بذلك في الاجارة.

ومن الواضح أن الأعمال لم تكن مضمونة، ولكن لما كان العامل متكفلاً للفسخ فانه لا تكون الأعمال السابقة غير مضمونة. مضافاً الى أنه لاوجه لضمانه من جهة أن المعاملات الواقعة تكون فضولية من جهة أن الربح لايرجع لصاحب المال، لأن المعاملات الكلية تصبح فضولية، حيث أن الأمر في مثل فسخ العقود الاذنية على مابينا في هذه العقود عقوداً شخصية و شخصية مثل هذه العقود فسخها يوجب

....

ارتفاع الاذن و تصبح المعاملات السابقة فضولية. و نتيجة ذلك -مضافاً الى أن الأعمال السابقة غير مضمونه- تكون المعاملات أيضاً فضولية يحتاج فيها اجازة المالك. وحيث ان مضي الفسخ في العقود الاذنية انعدام المعاملة رأساً فتكون تصرفات العامل فضولية بالنسبة الى الأعمال الماضية.

فيفرق بين فسخ المالك وفسخ العامل، حيث أن فسخ المالك وان كان في النتيجة أيضاً كفسخ العامل الا أن فسخ المالك واقدامه على ذلك يُنبئ عن أن المعاملات الواقعة صحيحة ولكن بفسخه أوجب انهيار المعاملة، وانهيارها يُنبئ عن كون المعاملات السابقة غير مضمونة للعامل من جهة الأعمال، ولكن حيث كانت الأعمال بأمر المالك يكون ضامناً لأُجرة المثل.

هذا اذا فسخ المالك، وأما اذا فسخ العامل فلا تكون هناك اجازة من المالك بعد انهيار المعاملة بالفسخ من أصله، فلا تكون المعاملات الواقعة الا فضولية. و فضولية تلك لا تستقيم الا باجازة المالك أولاً ثم يثبت الضمان بالأمر بعد حصول الاجازة.

وهذا هو الفارق بين فسخ المالك وفسخ العامل، و يأتي تفصيل ذلك في محله ان شاء الله تعالىٰ.

الفرع العاشر: قد عرفت أن العامل ضامن لجميع المال للمالك، سواء كان المالك عالماً بالبطلان أو جاهلاً به كما تقدم.

الفرع الحادي عشر: كما لايفرق في علم العامل في صورة جهله بالضمان و كذلك المالك في الاعطاء بعنوان المضاربة ولوكان عالماً بالبطلان، حيث أن الاعطاء بعنوان المضاربة ولومع علمه بالبطلان يخرجه عن المجانية ولوكان عالماً بالبطلان، وأعطاه تشريعاً في المعاملة، فلايكون الاعطاء هناك بعنوان المجانية.

الفرع الثاني عشر: قد عرفت في أول البحث بضمان العامل لجميع المال في معاملة واحدة وان كان الأخذ بالدفعات، فيكون ضامناً للمال كله. وذلك لأن اليد

(مسألة ١)- لوكان له مال موجود في يدغيره أمانة أوغيرها فضاربه عليها صحّ[١]، وان كان في يده غصباً أو غيره مما يكون اليد فيه يد

ثابتة على الجميع، و نتيجة ذلك ثبوت الضمان على نحو الكلي في المعين، كما بيناه في صدر المسألة فراجع.

الفرع الثالث عشر: ان عدم التمييز لايوجب خفة في ضمانه، وتكون عدم المقدورية في هذا المال على نحو الكلي في المعين، فقهراً يضمن الجميع ولكن هذه التشقيقات لا تخرج المعاملة عن البطلان، اذ كما يكون على الكلي في المعين فقهراً يكون ضامناً لجميع المال كما هو واضح.

الفرع الرابع عشر: قد تقدم أن العجز ان أوجب بطلان المعاملة فلا فرق في هذه التشقيقات ولامجال لتطويل المناقشات كما لايخفى.

ومن هنا تعرف أن التفاصيل المذكورة في المتن لاوجه لها، اذ على فرض البطلان في هذه المعاملة رأساً، كمالا وجه للتفصيل المذكور في ضمانه، بل لابد من ضمانه جميعه مطلقاً كما عرفت تفصيله.

الفرع الخامس عشر: قد عرفت فيما تقدم أن المعاملة الواقعة على مال بعضه مقدور للعامل في الاتجاربه و بعضه غير مقدور، فيصح في المقدور ولا يصح في غير المقدور منه بنحو الكلي في المعين. و نتيجة ذلك أن شأن الكلي في المعين يصح في المقدور منه ولايصح في غير المقدور، فيكون مخيراً في التطبيق على كل واحد من الأفراد.

وهذا التخيير في الافراد يكون موجباً لصحة العقد بنحو الكلي في المعين، ويكون مجموعاً صحيحاً، ولكن يضمن علم المالك أوجهله وعلم العامل أوجهله على النحو الذي ذكرناه من أنه يصح في المقدور ولايصح في غير المقدور.

أما لوكان مقدوراً له ثم طرأ عليه العجز في الأثناء فأمره واضح في الرد و عدمه.

[١] لا اشكال في جواز المضاربة بما في يد غيره من الأموال، اذا كان بعنوان الامانة والوديعة وغير ذلك من الامانات المالكية، لأنه مأذون من قبل المالك في

ضمان فالأ قوىٰ أنه يرتفع الضمان[١] بذلك، لانقلاب اليد حينئذٍ فينقلب الحكم. ودعوىٰ أن الضمان مغيي بالتأدية ولم تحصل، كماترىٰ.

ولكن ذكر جماعة بقاء الضمان، الا اذا اشترىٰ به شيئاً و دفعه الىٰ البائع، فانه يرتفع الضمان به، لأنه قضىٰ دينه باذنه. و ذكروا نحو ذلك في الرهن أيضاً وان العين اذا كانت في يد الغاصب فجعله رهناً عنده انها تبقىٰ على الضمان. والأقوىٰ ماذكرنا في المقامين لما ذكرنا.

التصرف بهذا المال على نحو المضاربة، لأنه من الأول لم‌تكن يده على هذه الأموال يد ضمان.

[١] أما كون المال الذي في يد العامل غصباً وضاربه المالك على مافي يده، فلا اشكال في صحة عقد المضاربة على هذا المال. ولكن العامل هل يرتفع عنه الضمان، أم لا؟ فنقول: أن الاذن في جعله بعنوان المضاربة يجعل العامل جائز التصرف في المال بعد مالم‌يكن كذلك، و حينئذٍ فجواز التصرف للعامل لايكون مقتضياً لرفع ضمانه الثابت بمقتضىٰ اليد على مال الغير بدون رضاه. وهذه الجهة باقية لا ترتفع بايقاع عقد المضاربة، اذ اليد الثابتة على هذه الأموال يد ضمان، والعقود الاذنية لا تكون الا اذناً في التصرف.

ولا يكون في المقام تنزيل الاذن في التصرف بمنزلة المالك، اذ لوكان في مقام تنزيل يد العامل بمنزلة يد المالك كانت غاية حاصلة، من جهة أن اليد الموجبة للضمان قد سيطر على هذا المال، وهذه السيطرة لابد لهامن مخرج، وذلك لايحصل الا بالأداء الى مالكها وهذا الاداء لايتحقق الامن أدائها الى مالكها أومن ينوب منابه. و دليل الاذن لايكون في مقام تنزيل الاذن بمنزلة الوكالة أو تنزيل المأذون بمنزلة المالك حتّىٰ يتحقق الاداء، فلا تحصل الغاية، فيبقىٰ مافي اليد على الضمان حتى يتحقق الأداء الحاصل باليد. ولكن حيث أن عقدالمضاربة واقع فيتحقق مقتضيه قهراً، وهوأنه عند الربح لابد من العمل على طبقه، وأما الضمان

(مسألة ٢) - المضاربة جائزة من الطرفين، يجوز لكل منهما فسخها، سواء كان قبل الشروع في العمل أو بعده، قبل حصول الربح أو بعده، نض المال أو كان به عروض، مطلقاً كانت أومع اشتراط الأجل[١] وان كان قبل انقضائه.

فثابت على أصله.

نعم لوباع أو اشترىٰ بالمال شيئاً يخرج عن الضمان بالمال، و ذلك لأن الاتلاف كان باجازة المالك.

وهذا أمر آخر، فان قضاء الدين باذنه لايكون مخرجاً عن الضمان. كيف وان تصرفه في المال باتلافه و شراء شئ يحتاج الى الأذن حينما يصل الى البائع و يعطيه الى المشتري و بعد ذلك يؤديه الى المالك، و ذلك لأن نفس هذه التصرفات لا تكون من حقه.

نعم في المقام المفروض أن المال المغصوب قد تصرف فيه، فكيف يكون قضاءً لدينه، فلابد حينئذٍ وان يقال: ان نفس الاتلاف حيث كان باجازة المالك كان رافعاً لضمانه، لأن التلف كان برضاية المالك، فيكون بمنزلة اتلاف المالك اياه وان قرار الضمان لمن ينسب اليه التلف.

ولكن عقد المضاربة بنفسه لايتحقق الأداء به، الا أن يدعىٰ أن الاذن ينزل المأذون منزلة الوكيل، حيث أن العقلاء يعتبرون الوكيل بمنزلة المالك، فقهراً يكون قبضه قبض المالك و يتحقق به الأداء، أو يكون الاذن في التصرف الحاصل بالعقد نازلاً منزلة المالك كما تصورناه في الوكالة، فيتحقق الأداء بذلك. والحال أنه ليس بناؤهم على هذا التنزيل لافي أن المأذون ينزل منزلة الوكيل ولاعلى التنزيل بمنزلة المالك، فلا يتحقق الأداء به، فيكون ضامناً. وان عقد المضاربة يؤثر أثره في أن الربح بينهما والضمان على الغاصب، و كذلك في الرهن أيضاً، حيث لا مخرج لما حصل له أولاً.

[١] تتفرع على هذه المسألة مسائل عديدة:

نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ الى زمان يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله، بل هو الا قوىٰ، لوجوب الوفاء بالشرط. ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور، بل العقد أيضاً، لأنه مناف لمقتضىٰ العقد. وفيه منع، بل هو مناف لاطلاقه.

المسألة الاولى: كون المضاربة جائزة من الطرفين حيث أن لكل واحد منهما الفسخ.

وهذا هوالشأن في العقود الاذنية، فانه من المسلم كون المضاربة من العقود الجائزة، فان الجواز واللزوم - كما ذكرنا في أول البحث- يدوران مدار بناء العقلاء، و ذلك يمكن استكشافه من أدلة الخيار من حيث سنخية العقد و شخصيته كما تقدم مفصلاً. اذ لا اشكال في أن العقود عقلائية، وقد جعل الشارع الخيار في بعض العقود دون بعض، فمن شمول أدلة الخيار نستكشف اللزوم في العقود المجعول فيها الخيار، اذ التحقيق أن المعاملات على ثلا ثة أنحاء لأنها:

أمّا أن تتضمن التمليك والنقل منجزاً كالبيع والاجارة و نحوهما، فهي معاملات تمليكيه تنجيزية.

واما أن تتضمن التمليك والنقل معلقاً كالوصية والمضاربة والمزارعة والمساقاة و نحوها من العقود التعليقية.

واما أن لا تفيد الملك والنقل أصلاً وانما تفيد مجرد جواز التصرف الخارجي أو المعاملي كالعارية والوكالة والمضاربة و نحو ذلك، و تسمىٰ بالعقود الاذنية، و بنوا عليها بالجواز نظراً الى تقومها بالاذن والرضىٰ والىٰ أنها لايترتب عليها نقل و تمليك حتىٰ تكون مشمولة لأدلة اللزوم.

هذا ما بنوا عليه، ولكن لابد من تحقيقه، لأن ما ذكرناه أشبه بفتوىٰ الأصحاب.

ولابد من القول في الاستدلال عليه: بأن المعاملة الاذنية كالوكالة والعارية ونحوهما، تارة تتحقق بمجرد الاذن الخارجي،وفي هذه الصورة يكون حل البقاء

و دعوى أن الشرط في العقود الغير اللازمة غير لازم الوفاء، ممنوعة. نعم يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط، والا فما دام العقد باقياً يجب الوفاء بالشرط فيه. وهذا انما يتم في غير الشرط الذي مفاده عدم الفسخ، مثل المقام، فانه يوجب لزوم ذلك العقد.

بالرجوع عن الاذن و رضى الواجد للمبرز بقاء، ولا يتصور فيه الفسخ، لأنه فرع وجود العقد ولا عقد في البين. و تارة يتحقق بالعقد والانشاء كسائر المعاملات العقدية، وعلى هذا الفرض يكون حالها كحال البيع و نحوه من المعاملات العقدية في كونها اعتبارات عقلائية حاصلة من اعتبار العقلاء النفسي الشخصي المبرز، وفي كونها أموراً بقائية قابلة لأن يكون أثرها دائراً مدارها حدوثاً و بقاءً، بأن يكون لبقائها دخل في بقاء أثرها، ولأن تكون بحدوثها موضوعاً لآثارها حدوثاً و بقاءً، وفي توقف نفوذها على رضى المالك و طيب نفسه.

وعلى هذا فنقول: كان التمسك باطلاق دليل لزوم البيع اللفظي فيما بعد انشاء الفسخ في مورد الشك في لزوم العقد و جوازه مبنياً على أخذ العقد بحدوثه موضوعاً لأثره المطلوب منه، وعلى الالتزام بالتخصيص في موارد نفوذ الفسخ واقعاً فراراً من صيرورة الشبهة مصداقية في موارد الشك في اللزوم لوكان لبقاء العقد دخل في بقاء الأثر وكانت موارد الجواز من باب التخصص.

وعلى هذا الاساس لابد من التمسك باطلاق «أوفوا بالعقود» فيما بعد انشاء الفسخ في العقود غير التمليكية أيضاً فيما اذا شك في نفوذ الفسخ شرعاً للشك في اللزوم والجواز، و ذلك لفرض أن العقد بحدوثه موضوع للأثر الخاص حدوثاً و بقاءً، وأن نفوذ الفسخ وجواز العقد تخصيص في دليل لزومه، وأن الاذن والرضى يكفي بحدوثه في بقاء النفوذ و رجوع العاقد بقاءً عن قصده و رضاه.

فالفرق بين البابين على هذا الأساس بلا موجب، حيث تُخيل أن الفرق بينهما بناء العرف هناك على اللزوم في مورد الشك كماهو المفروض، فيكون العقد باقياً بنظرهم بعد انشاء الفسخ و بنائهم هنا على الجواز في الفرض يكون العقد منحلاً

هذا، ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر فلا اشكال في صحة الشرط ولزومه. وهذا يؤيد ماذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافياً لمقتضىٰ العقد، اذ لوكان منافياً لزم عدم صحته في ضمن عقد آخر أيضاً.

بنظرهم بعد انشاء الفسخ.

ولكن هذا التقريب لايمكن ان يتكأ عليه، اذالعقد موضوع واقعي للحكم الشرعي بلا نظر الى أمضاء حكمه العرفي العقلائي، ويكون بحدوثه موضوعاً لأثره الخاص ولوجوب الوفاء حدوثاً و بقاءً، وان جواز العقد على فرض ثبوته تخصيص في عموم دليل لزومه.

وعلى هذا فيكون عقد الوكالة كعقد البيع بحدوثه موضوعاً للأثر الخاص حدوثاً و بقاءً، ويكون جوازه تخصيصاً لعموم دليل لزوم الوفاء بالعقد، لأن حدوثه لاينقلب بالفسخ عما وقع عليه حتى على فرض نفوذ الفسخ شرعاً. و حينئذٍ لوفسخ الموكل قبل انقضاء الأجل في الوكالة و شك في نفوذ فسخه من جهة الشك في لزوم عقد الوكالة شرعاً و جوازه، فمقتضىٰ ذلك الأساس يتمسك بدليل «أوفوا بالعقود» و يحكم بلزوم عقد الوكالة و بعدم نفوذ فسخه، اذ المفروض أن الشك في جوازه و نفوذ فسخه يرجع الى الشك في تخصيص دليل لزوم الوفاء بالعقود.

وما يتوهم من الفرق فقد عرفت فساده، بمعنىٰ أن يقال مثلاً: الفرق بين البيع والوكالة لوقلنا بأن أدلة النفوذ واللزوم امضاء للاعتبار العقلائي العرفي بحيث يكون له تمام الموضوع لأدلة الامضاء، اذ على هذا المبنىٰ يصير دليل الامضاء دليلاً على اللزوم فيما هو لازم من العقود باعتبار العقلاء و دليلاً على الجواز فيما هو جائز عندهم كعقد الوكالة. لكنك عرفت فيما تقدم فساد المبنىٰ.

وأما على ما حققناه من كون الاعتبار العرفي العقلائي بما هو ملاك واقعي مأخوذ في موضوع دليل الامضاء -بحيث يكون ملاك اعتبار العرف مأخوذاً في الموضوع، و مقتضاه عدم امكان الرجوع في مورد الشك الى اطلاق دليل الامضاء

ولو شرط في عقد مضاربة عدم فسخ مضاربة أخرىٰ سابقة صح و وجب الوفاء به، الا أن يفسخ هذه المضاربة فيسقط الوجوب كما أنه لو اشترط في مضاربة مضاربة أخرىٰ في مال آخر و أخذ بضاعة منه أو قرض أو خدمة أو نحو ذلك، وجب الوفاء به مادامت المضاربة باقية، وان فسخها سقط الوجوب.

الاعتباري من جهة الشك والشبهة مصداقية على هذا المبنىٰ كما تقدم تفصيله، بلا فرق في ذلك بين البيع والوكالة ونحوهما.

وبعد، ان تبين القول بعدم صحة الرجوع الى الدليل الاجتهادي - كما هوالمفروض- لا ثبات اللزوم لا الجواز لكان المتعين الرجوع الى استصحاب أثر العقد، اذ العقد الصحيح لاينفك عن الأثر، وقد تحقق العقد في المقام صحيحاً، فأثر أثره. ولاحتمال نفوذ الفسخ في الواقع شك في بقاء أثر العقد فيستصحب، ولاموجب للفرق في صحة استصحاب أثر العقد بين الملك و جواز التصرف الخارجي والمعاملي.

والحاصل انه بناءً على صحة التمسك في باب البيع و نحوه باطلاق دليل اللزوم اللفظي لابد من البناء على التمسك به في العقود غير التمليكية أيضاً ولاموجب للفرق بينهما. و بذلك ظهر ضعف الوجه المذكور لجواز العقود الاذنية وعدم رجوعه الى محصل.

فالتحقيق في وجه جواز عقد الوكالة والعارية ونحوهما من العقود غير التمليكية: هو أن تلك العقود كسائر العقود المعاملية اعتبارات عقلائية لملاكات واقعية تستدعي الاعتبار، وهي أمور بقائية، ويكون لبقائها دخل في بقاء آثارها في نظر العرف والعقلاء، وتكون موارد الجواز خارجة عند العقلاء عن دائرة موارد اللزوم موضوعاً، وذلك لكون اللزوم والجواز أيضاً باعتبار الملاكات الواقعية. وهذا هو أساس المعاملات الدارجة بين العرف والعقلاء، وتكون أدلتها الشرعية امضاء لاساسها العرفي العقلائي.

و موارد اختلاف نظر الشارع مع نظر العقلاء والعرف راجعة الى تخطئة الشرع

ولابد أن يحمل ما اشتهر من أن الشروط في ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء، على هذا المعنىٰ، والا فلاوجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله كما اختاره صاحب الجواهر بدعوىٰ أنها تابعة للعقد لزوماً و جوازاً، بل مع جوازه هي أولى بالجواز وأنها معه شبه الوعد.

لنظرهم بالنسبة الى الملاك الواقعي المقتضي لاعتبار النفوذ واعتبار الجواز واللزوم، وبما أن العقلاء يتبعون أنظارهم في اعتباراتهم، لأنهم يرون نظر الشرع موافقاً لأنظارهم، حيث أنهم لايلتفتون الى احتمال عدم اصابة أنظارهم للواقع، وقد رأىٰ الشرع منهم في مقام امضاء اعتباراتهم ومع ذلك أطلق كلامه في مقام الامضاء، فاطلاق دليل الامضاء المقامي يكشف عن جعل نظر العقلاء حجة على الواقع.

وحينئذٍ ففي مورد الشك في اللزوم والجواز شرعاً –لوكان بناء العرف والعقلاء على اللزوم– فيستكشف من اطلاق دليل امضائه المقامي لزومه عند الشرع أيضاً، ولوكان بناؤهم على الجواز– كماهو كذلك في مثل الوكالة والعارية و نحوهما من العقود الاذنية الصرفة– فيستكشف من اطلاق دليل الامضاء المقامي جوازه بنظر الشرع أيضاً. وعلى هذا فلا مجال في مثل الوكالة بعد فرض كشف الجواز شرعاً من الاطلاق المقامي خروجه عن مورد «أوفوا بالعقود» تخصيصاً، بل يكون خروجه عن العموم تخصصاً، بحيث لايشمله دليل «أوفوا بالعقود» ويكون عقداً شخصياً غير مشمولاً تحت العموم.

جوازالعقود الاذنية مملكة كانت اوغير مملكة

وأما العقود التعليقية التمليكية الجائزة كالمزارعة والمساقاة والمضاربة والمسابقة والجعالة فأيضاً كذلك، فان الاطلاق اللفظي لايكون في المقام. وان أريد التمسك باطلاق دليل لزوم العقد فلا فرق بين البيع وهذه العقود، ولايمكن الحكم بجوازه لعدم ايجابه الملكية التنجيزية، وانما يملك بعد ظهور الربح في المضاربة مثلاً حتىٰ يحرم التصرف. و يمكن التمسك باطلاق «أوفوا بالعقود»،

والمراد من قوله تعالى «أوفوا بالعقود» اللازمة منها، لظهور الأمر فيها في الوجوب المطلق والمراد من قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم» بيان صحة أُصل الشرط لا اللزوم والجواز، اذ لايخفىٰ مافيه.

فيثبت جواز العقد. فان هذا المعنىٰ فاسد جداً كماقلنا، اذلو أردنا أن نحكم بجوازه بهذه التقريبات من ناحية الأدلة اللفظية فلا مجال الا القول بلزوم العقود التعليقية، ولايمكن الكشف عن عدم ايجابه الملكية التنجيزية عن ثبوت الجواز للعقد، كماهو واضح في مقام التمسك بالأدلة اللفظية.

فالنتيجة: ان الذي يحكم بجواز هذه العقود الدالة على الملكية التعليقية هو الاطلاق المقامي فيما يراه العقلاء منطبقاً على الموازين الموجودة عندهم بالجواز، فبالاطلاق المقامي يحكم بجوازها شرعاً وتكون خارجة عن عموم «أفوا بالعقود» العقود الجائزة من الطرفين كالمضاربة.

هذا تمام الكلام في المسألة الأولىٰ.

المسألة الثانية: لوكان عقد المضاربة أو العارية أوغيرهما من العقود الجائزة وذات اقتضاء في الجواز، فهل يمكن اشتراط لزومه الى مدة معينة أم لا؟

نقول: ان اشتراط عدم الفسخ واللزوم في عقد المضاربة هل هو صحيح أم لا؟

يقال: اذا لم يكن منافياً لمقتضىٰ العقد يصح الشرط، وان كان منافياً لمقتضىٰ العقد يبطل الشرط و يبطل العقد في بعض الموارد أيضاً.

فلابد من ملاحظة منافاته لمقتضىٰ العقد و عدم منافاته، فان عقد المضاربة كباقي العقود الجائزة يكون الجواز من مقتضياته.

هذا، وان الماتن تبعاً للشيخ الأعظم الأنصاري «قده» حكم بالجواز، لاشتراط عدم فسخ المضاربة الى مدة معينة.

فلابد من النظر لما صار اليه الماتن تبعاً للشيخ الأعظم و ماتبعه القوم في حواشيهم و بيان انطباقه في المقام و عدم انطباقه، حيث أن ماذهب اليه الشيخ صحيح ولكن الكلام في انطباقه على المقام.

....

فان الشيخ ذهب الى أن الوفاء بعد المضاربة أو فسخها يكون متساوياً للمالك والعامل، وهو معنى الاطلاق الذي صار اليه الماتن، فان جواز الفسخ والالتزام به يكون متساوي الطرفين. وهذا لاينافي أن يكون لازم الوفاء بالشرط، كما أنه يكون من جهة أمر الوالد أو تعلق النذر لازم الوفاء، و غير ذلك من الموارد، فان مامن شأنه التخيير بين الفعل والترك يكون عبارة عن عدم الاقتضاء للفعل أو الترك .

وهذا الكلام منه في ترك المباحات كالشرط في أن لايأكل لحم الغنم، فان الدليل الدال على جواز الفسخ و عدم جوازه يكون من جهة عدم اقتضاء اللزوم، فقهراً لاينافي أن يكون لازم الوفاء به بالشرط، وذلك لأن الحكم الواقعي ليس له اطلاق يشمل الرتب المتأخرة، فالحكم الواقعي حيث أنه لايمكن أن يحفظ نفسه في الرتب المتأخرة فقهراً يمكن للشرط أو النذر أوغير ذلك من الحكم باللزوم أوغير ذلك مغايراً للحكم الأولي .

وهذا بخلاف الأحكام الالزامية من الوجوب والحرمة أوغير ذلك ، فانهما -وان كانت دالة على وجوب شيئ أو حرمة شيئ - لا تختص بحال دون حال، بل يدل على ثبوته المطلق بحيث لايتغير موضوعه لأجل الشرط والنذر و حينئذٍ يقع التعارض بين دليل وجوب الوفاء بالشرط و بين الدليل الواجد للاقتضاء من الوجوب والحرمة، فيكون الشرط على تقدير صحته مغيراً لذلك الحكم الشرعي ، فيكون مغيراً للحلال أو الحرام و يوجب رفع اليد عن الشرط كما هو صريح الدليل، ويكون معنىٰ الاستثناء في قوله «الا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» عدم كون الشرط مغيراً للحلال والحرام، بحيث يرفع اليد عنهما لأجل الشرط.

وهذا بخلاف المباحات المتساوية الطرفين، حيث لايكون المقتضي تاماً يوجب وجوب حفظه في الرتبة المتأخرة. و معنىٰ كونه مستحباً هو ذلك ، فقهراً لايكون له اطلاق يشمل الرتب المتأخرة، بل يكون ثبوتها للشيئ بعنوانه الأولي من حيث نفسه، فلاينافي ثبوت حكم آخر له لأجل عنوان آخر له، كالشرط وأمر الوالد

....

والنذر و غيرذلك من الأحكام موافقاً له أو مخالفاً، حيث أنهما موضوعان متغايران: احدهما تعلق به حكم الجواز من حيث الفسخ و عدمه، و ثانيهما تعلق به وجوب الابقاء كماهو المفروض.

نعم لوكان جواز الفسخ و عدمه ذات اقتضاء للجواز من حيث الاختيار و عدم ذلك، يكون مثل الواجبات والمحرمات، بحيث يدل على جواز الفسخ و عدمه مطلقاً بنحو لايتغير موضوعه بواسطة الطواريً كالشرط وغيره، فقهراً يكون كالواجبات والمحرمات من دليل وجوب الوفاء بالشرط ودليل تخير المتعاملين في جواز الفسخ وعدمه. ولكن الكلام في الصغرىٰ الا من جهة قيام الاجماع يستكشف هذا الاقتضاء.

وحاصل ماذكروه في المقام من التفرقة: هو ملاحظة الواجبات والمحرمات وبين المباحات المتساوية الطرفين.

فما كان ثابتاً للشيً على نحو الاطلاق بنحو لايقبل طرو عنوان مغير لموضوعه بسبب الاشتراط وغيره من العناوين الأخرىٰ، فلا محالة بينه و بين دليل وجوب الوفاء بالشرط، فيلغىٰ الشرط. بينما كان منها ثابتاً للشيً لوخلي و طبعه مع قطع النظر عن طرو عنوان مغير لموضوعه، فلا منافاة بينه و بين ثبوت حكم آخر له لأجل طرو عنوان آخر له لذلك الموضوع، كمافي أكثر المباحات.

ولكن لايمكن الحكم بذلك في المقام، كما أن كلام الشيخ لاينطبق على المقام أيضاً.

فان كلام الشيخ لاينطبق على المباحات من عدم كون هذا الجواب دافعاً للاشكال، فكون الشرط محللاً للحرام أو محرماً للحلال لضرورة أن الحكم الواقعي وان لم يكن في رتبة الشرط الذي هو الالتزام بترك ماهو الحلال واقعاً، الا أنه في الرتبة السابقة عليه، بحيث لولا الشرط والالتزام بالترك لكان فعلياً، فلا محيص من أن تكون الحلية الواقعية بهذا النحو من الفعلية -أعني الفعلية لولا طرو الشرط -ومن

....

المعلوم أن المذكور في الرواية من قوله «الا شرطاً حرم حلالاً» هو كون الالتزام بالحرمة محرماً لما هو حلال، بحيث لولاه لكانت الحلية فعليه. فيصدق حينئذٍ على هذا الشرط أنه محرم للحلال، بحيث ترتفع الحلية الفعلية بواسطة الشرط، فيكون حال الشرط كحال النسخ في الأحكام، بحيث يرتفع الحكم الأولي بواسطة النسخ، بنحو لولاه لكان الحكم الأولي فعلياً. من دون فرق من هذه الجهة بين الشرط والنسخ، فلايكون هذا التصوير رافعاً للاشكال من كون الشرط محرماً للحلال.

نعم هذا الكلام والفرق الذي ذكر صحيح لوكان المدار في الاشكال هي حيثية المخالفة للكتاب الراجع الى اجتماع الضدين من الحلية الواقعية والحرمة الطارئة من الشرط.

هذا مضافاً الى ما أورد عليه من لزوم الرجوع الى الأصول العملية في فرض عدم الاطلاق، لو لم يكن حكم بالعنوان الثانوي هناك حكماً من قبل الشارع، كما لو فرض كون الشرط فاسداً، أو فرض عدم حكم الشارع بلزوم الوفاء بالشرط الصحيح. و ذلك من جهة أن المدار في ثبوت الاطلاق و عدم ثبوته هو ملاحظة نفس الحكم الثانوي، مع قطع النظر عن حكم الشارع بوجوب الوفاء أو وجوب اطاعة الوالد.

و حينئذٍ فمع فرض عدم الاطلاق للحكم الواقعي - كما ذهب اليه قدس سره- لامحيص من رجوعه الى الأصول العملية، ولو فرض فساد الشرط أو غيره فرض عدم الدليل على الحلية، مع أن ذلك لم يلتزم به أحد، حيث لا اشكال عندهم من الأخذ بذلك الحكم الأولي الواقعي المستفاد من الدليل.

مع أنه يرد عليه: لزوم الحكم بفساد الشرط عند الشك في الاطلاق للأدلة الأولية وعدمه، حيث لايمكن التمسك بعموم «المؤمنون عند شروطهم» في وجوب الوفاء بالشرط، لكونه تمسكاً بالعام مع الشك في انطباق العام عليه. حيث أن الشرط الذي يجب الوفاء به بعد تخصيصه بما اذا لم يكن محللاً للحرام و محرماً

....

للحلال وغيره المخالف للكتاب، فمع الشك في الاطلاق و عدمه بالنسبة الى الحلية الواقعية يشك في انطباق عنوان العام -وهو «المؤمنون»- على المورد، و معه لامجال للتمسك بعموم «المؤمنون عند شروطهم».

ولو قلنا بجواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، فلابد من الرجوع الى أصالة بقاء الحكم الواقعي الأولي و عدم ارتفاعه بواسطة الشرط و طرو عنوان الشرط. و معه لامجال للرجوع الى أصالة عدم المخالفة، من جهة أن الشك في المخالفة و عدمها مسبب في بقاء الحلية و عدمه، فيكون استصحاب الحلية حاكماً على استصحاب عدم المخالفة. وهذا لايلتزم به (قدس سره)، لأن مبناه هو اجراء أصالة عدم المخالفة عند الشك.

و يمكن أن يكون وجهه عدم جريان أصالة الحلية، لكون الشك فيه شكاً في المقتضي الذي لايكون الاستصحاب فيه حجة لديه، فينحصر الأمر في استصحاب عدم المخالفة.

والتحقيق في الفرق بين الأحكام التي يتحقق فيها الشرط والأحكام التي لايتحقق فيها الشرط أن يقال:

ان الأحكام: تارة تنشأ عن اقتضاء في الوجود كما في كل الواجبات، و تارة تنشأ عن اقتضاء في العدم كما في كل المحرمات. فتكون هناك مصلحة ملزمة في الفعل تقتضي الوجود أو مفسدة كذلك تقتضي العدم، فلا محالة تقع المزاحمة بينها و بين الشروط. و هذا بخلاف الأحكام التي تنشأ من عدم الاقتضاء، كالمباحات حيث أنها نشأت عن عدم الاقتضاء في العنوان المترتب عليه الحلية. ومعلوم أن مجرد عدم اقتضاء الشئ لايوجب الحلية الفعلية بل لابد من أن يكون هناك شئ يقتضي خلافه من الايجاب والتحريم والا كان الأثر لذلك المقتضي الآخر. و حينئذٍ تكون الحلية الفعلية أو الجواز كما في المقام للشئ منوطاً دائماً بفرض عدم المقتضي في البين من سائر الجهات يقتضي خلافه، فلايبقى حينئذٍ مجال

....

للمزاحمة بين دليل الحلية أو الجواز و بين دليل وجوب الوفاء بالشرط.

ولا يمكن أيضاً أن يتمسك باطلاق دليل الحلية أو الجواز لاثبات الحلية أو الجواز حتى في مورد وجود مقتضٍ آخر، لأن التمسك بالاطلاق فرع امكان كون الموضوع الذي رتبت عليه الحلية في الأحكام التكليفية أو الجواز في الأحكام الوضعية هو تمام المناط للحلية الفعلية في الأحكام الوضعية للجواز، وقد عرفت عدم تصور ذلك في الاباحات اللااقتضائية والجواز اللااقتضائي كذلك.

وهذا بخلاف الأحكام الناشئة عن الاقتضاء كالوجوب والحرمة، حيث أنه يمكن فيها أن يكون تمام الموضوع، فالوجوب الفعلي والحرمة الفعلية هو ذات الفعل وذات الحرام.

وذلك كما حقق في الأصول من أن الاطلاق:

تارة يلاحظ بحسب ذات الشئ، بأن كان الشئ بذاته علة للوجوب او الحرمة كان في العالم شئ أو لم يكن، وهو كذلك في الواجبات والمحرمات وكل الأحكام الاقتضائية.

وأخرى يلاحظ الاطلاق بلحاظ الطوارئ والحالات بنحو انحلال القضية في مثل قوله «الخمر حرام» بحسب الطوارئ والحالات الى قضايا شرطية فيقال: يحرم الخمر ان طرأ عليه عنوان المنذورية، أو يحرم ان طرأ عليه عنوان الشرط، ويحرم ان طرأ عليه عنوان العهد، وغير ذلك من العناوين. و هذا القسم يسمى بالاطلاق اللحاظي.

وهذا القسم من الاطلاق كما يتصور في أدلة الواجبات والمحرمات كذلك يتصور في أدلة المباحات، اذ يمكن للشارع أن يلاحظ الغنم مثلاً مع جميع العناوين فحكم بالحلية، كما أنه يمكن أن قد لاحظ الخمر مع كل العناوين فحكم بالحرمة، أو أن عقد المضاربة قد لاحظه الشارع مع جميع العناوين و حكم عليه بالجواز.

....

أما القسم الأول -أعني الاطلاق اللحاظي- فلا يجري الا في خصوص الأحكام الاقتضائية من الوجوب والحرمة، أو في الأحكام الوضعية التي أحرز اقتضاؤها من الأحكام الاقتضائية.

وأما الاحكام التي لم يحرز اقتضاؤها أو أحرز عدم اقتضائها بالتقريب المتقدم، فلايجري هذا الاطلاق الذاتي المتقدم، حيث أنه يمكن أن يكون تمام المقتضي للحرمة في مثل «الخمر حرام» هو ذات الخمر من دون مدخلية شئ أصلاً، و كذلك مثل قوله «تجب الصلاة» يمكن أن يكون تمام المقتضي للوجوب هو ذات الصلاة طرأ عليه شئ أم لافي العالم وجد أم لا. فيستكشف بواسطة الاطلاق من أن تمام المقتضي وماهو العلة للحرمة مثلاً هو الخمر في قوله «الخمر حرام» هو ذات الخمر بلا دخل شئ آخر فيه أصلاً، و كذلك «الصلاة واجبة».

وهذا بخلاف أدلة المباحات والعقود الجائزة، حيث أن مثل قوله «الغنم حلال» حيث أنه بعد فرض عدم الاقتضاء للغنم من الوجود والعدم، فلايمكن أن يكون هو المقتضي للحلية الفعلية، بل لابد أن تكون الحلية الفعلية في مورد لم يكن فيه ما يقتضي الوجوب والحرمة، فتكون الحلية الفعلية للغنم أو الجواز في العقد دائماً منوطاً بعدم الاقتضاء من سائر الجهات الأُخرىٰ. كما أن العقد الجائز منوط بعدم الاقتضاء الذي يلزم من جهات أخرىٰ، اذمع فرض وجود المقتضي للوجوب في الأحكام التكليفية أو الجواز في الأحكام الوضعية: ان كان ذات اقتضاء في الجواز فان الجواز الطارئ على العقد يكون من جهة عدم وجود المقتضي للوجوب، وفي هذا المجال اذا طرأ عليه الشرط لايمكن التمسك عند الشك باطلاق العقد لنفي الحكم الناشيء من الشرط.

و حينئذٍ ففي مقام الاثبات في الأحكام التكليفية بعد عدم جريان الاطلاق اللحاظي لافي طرف الواجبات ولافي طرف المباحات -من جهة عدم كون المولىٰ في مقام البيان من جهة الحالات والطوارئ- فلايبقىٰ الاطلاق الذاتي في

....

البين، وهو الاطلاق بالمعنىٰ الأول.

ففي الأحكام التكليفية يؤخذ باطلاق المادة و يستكشف منه الحرمة الفعلية حتىٰ في مورد طرو الشرط والنذر واليمين و غيرها من العناوين.

وأما في الأحكام الاقتضائية فلايمكن الأخذ بالاطلاق في اثبات الجواز أو الحلية الفعلية في الأحكام التكليفية لفرض الاقتضاء الذاتي للجواز الفعلي أو الحلية الفعلية للغنم مثلاً لفرض الاقتضائية الذاتية للحلية الفعلية، وكون الحلية الفعلية دائرة مدار عدم كون المقتضي من سائر الجهات الأخرىٰ. و حينئذٍ فلا تصل النوبة الى الحلية الفعلية الابعد فرض كون الشئ لا اقتضاء له من جميع الجهات.

وعليه فلو ورد دليل يدل بظاهره على الحلية الفعلية للغنم -بلا فرض الاقتضاء من سائر الجهات الأخرىٰ- لابد من رفع اليد عن ظهوره في الفعلية مع حفظ ظهوره في الاطلاق. وأما مع رفع اليد عن الاطلاق مع حفظ ظهوره في الفعلية فيصير بحكم المجمل، فلا يبقىٰ له ظهور في الفعلية ولاظهور في الاطلاق و عدم الاناطة، فيبقىٰ حينئذٍ عموم وجوب الوفاء بالشرط سليماً عن المزاحم.

وهذا بخلاف الواجبات والمحرمات، حيث أنه بعد ما أمكن أن يكون الذات فيها تمام العلة للحكم، فيؤخذ بظهور الدليل في الفعلية وظهوره في الاطلاق و عدم الاناطة بلا مزاحم بينهما أصلاً.

ومن هذا البيان ظهر أنه لابد أن تكون الحلية الفعلية في قوله «الا شرطاً حرم حلالاً» بعد ظهوره في الحلية الفعلية، هو الحلية الناشئة عن اقتضاء في الذات. اذ عرفت أنه لايمكن أن تكون الفعلية اللااقتضائية الابعد عدم الاقتضاء من سائر الجهات الأخر، حتىٰ من ناحية الشرط والنذر والعهد واضرابهما. و هذا المعنىٰ لايتصور في الحلية اللااقتضائية، اذ مع طرو الشرط و لزوم الوفاء به لايبقىٰ مجال للحلية الفعلية حتى يصدق على الشرط بأنه محرم للحلال لما هو حلال فعلاً، كماهو الظاهر من الاستثناء من قوله «الاشرطاً حرم حلالاً»، فلا محيص حينئذٍ من

....

أن تكون الحلية في الاستثناء هي الحلية اللاأقتضائية حتى يصدق بأن الشرط محرم للحلال فعلاً، فيختص بخصوص الواجبات والمباحات الناشئة عن اقتضاء في المتعلق. كما أن المراد من قوله «اذا أحل حراماً» هو المحرمات، و يكون المراد من الحلية هو الايجاب الناشئ من الشرط حيث وجوب الوفاء به.

اذا عرفت ذلك في الأحكام التكليفية فيكون هو المناط في الأحكام الوضعية أيضاً، فان الأحكام الوضعية يكون الشرط فيها منافياً لها اذا كان منافياً لاقتضائها، بحيث أن العقود لها اقتضاء فان كان الشرط منافياً لها كان الشرط باطلاً و مبطلاً في بعض الموارد.

والأحكام الوضعية على نحوين، اذ أنها تارة تكون حقية و تارة تكون حكمية:

فالأول كما في حق الخيار الموجود في البيع، حيث أن ذلك حق يسقط في البيع باشتراط سقوطه و يثبت باشتراط ثبوته.

بيان ذلك: ان الخيار على ماهو المشهور عبارة عن سلطنة ذي الخيار على ابرام العقد وحله.

وعليه فان المكلف له حل العقد و ابرامه، و حينئذٍ فان الخيار الموجود في العقود قد حكم الشارع بثبوته و عدم امكان اسقاطه، لأنه - كما ذكرنا في محله - ناشئ من المصالح الواقعية، ولايمكن اسقاطه ولابيعه ولا استيراثه، وانما تكون اللوازم المترتبة عليه بيد الشارع. وذلك لما تقررفي محله أن ايقاع النسبة من قبل الشارع وان كانت في باب الحكم أيضاً كذلك الا أن الفرق بين الأحكام الوضعية والاحكام التكليفية أن في باب الحكم التكليفي تكون المصالح مقتضية لايقاع النسبة بين الآمر والمكلف و تكون علة لثبوت الحكم على ذمة المكلف، فقبل ايقاع النسبة لايكون شي ء على ذمة المكلف، و ذلك لمحاليته كما تقرر في محله، لأنه في مرحلة سقوطه لا ثبوته. و نتيجة ذلك عدم كون المكلف مختاراً في نفي هذا الحكم أو اثباته. وهذا بخلاف الأحكام الوضعية و منها الحق، فان الشارع

....

أيضاً يحكم بذلك، و معناه أنه يوقع النسبة بين المكلف و بين الحق. الا أن ايقاع النسبة يفرق عن باب التكاليف، اذ الشارع عند ايقاع النسبة تارة يرىٰ ثبوت هذا الأمر على ذمة المكلف بهذا الايقاع و تارة يرىٰ وقوعه على عهدة المكلف، ففي الأحكام التكليفية يرىٰ و يلاحظ حيثية ايقاعه، وفي الأحكام الوضعية يلاحظ حيثية وقوعه، لأن الاطلاقات متجهة الى العرف والعرف لايرىٰ أثراً لما لايكون نقداً لهم ولا يعتنون به. وعلى هذا فلا يرون مالا وجود له في الخارج ما لا يمكن.

وعليه فتكون للأحكام الوضعية حيثية وقوع النسبة وفي الأحكام التكليفية حيثية ايقاع النسبة. وعلى هذا ففي الأحكام لايسقط بالاسقاط، لأنه لا دخل للمكلف بذلك. وهذا غير الحق و سائر الأحكام الوضعية، حيث أنها متجهة الىٰ العرف وهم لايعتبرونه الا نقداً في ذمة المحق، فاختيار ذلك يكون بيد المحق في اثباته أو اسقاطه كماهو المعمول. والذي مثل به بعض الأساتذه من ايقاعه لوجهه هو الصحيح ولكن فتوىٰ بدون دليل.

وأما مرحلة الاثبات: فذلك غير عزيز، كماورد في باب حق اسقاط الخيار من قوله(عليه السلام) بعد أن أسقط خياره بأنه رضا منه. فيكشف ان هذا حقاً قابلاً للاسقاط، اذ أنه لوكان حكماً لم يكن له اختيار ثبوته ولا اختيار سقوطه.

فالحق عبارة عن حكم وضعي كالملكية ولكن بدرجة ضعيفة من الملكية، ويكون له أثره من امكان ابرامه وامكان سقوطه، وكونه حكماً وضعياً يتجه اليه الارث ويكون للوارث اسقاطه، فانه من امكان اسقاطه يعلم أنه حق لاحكم.

ومن هنا نعلم أن الخيار لايكون عبارة عن سلطنة ذي الخيار على ابرام العقد أو حله، لأن السلطنة من الأحكام غير القابلة للسقوط أو الثبوت. وهو واضح، فان الخيار عبارة عن حق لذي الخيار على ابرام العقد وحله.

اذا عرفت ما ذكرناه فلابد من بيان مقدمة أُخرىٰ، وهي: ان الخيار متعلق بالعقد أو متعلق بالعين، فان العقود الجائزة كالهبة والمضاربة وغيرها هل يكون

....

سلطاناً على رد العين أو يكون المالك سلطاناً على رد رأس المال، بأن الواهب له السلطنة على رد المال الموهوب، أو أن المالك له السلطنة على رد ماله من العامل.

أو هو كالخيار في كونه متعلقاً على العقد، بأن للواهب الحق في الفسخ أو أن للمالك الحق في الفسخ. وكذلك الوكالة، فان الموكل له الحق في أن يفسخ العقد أو لايكون كذلك، بل في عقد الوكالة للموكل السلطنة على الرجوع عن الوكالة. و كذلك في المعاطاة، فان الظاهر من الروايات الواردة كونها أحكاماً متعلقة، بحيث يكون لأحد المتعاقدين ارجاع العين الى نفسه و بالرجوع بالعين ينتفي العقد لعدم وجود الموضوع.

وأما حق العمة والخالة على اجازة العقد على بنت الأخ أو بنت الأخت، فان لهما نحو سلطنة على الاجازة والرد، بحيث لولا اجازتهما لايقع العقد صحيحاً، كالاجازة والرد في الفضولي بحيث لولاه لايقع العقد صحيحاً، لا أنه حق لهما يمكن أن يفسخ به العقد.

و هذا بخلاف الخيار، فانه حق متعلق على العقد، بحيث لذي الخيار فسخ العقد من حينه. وأما كيفية امكان الفسخ من حينه فذلك يمكن مراجعته في مضانه.

فاذا تبين أن العقد لاربط له بالفسخ وانما يكون في العقود الجائزة ويكون حكمه عبارة عن السلطنة على ارتجاع رأس المال، ففي العقود الجائزة يكون محكوماً بالجواز، فيجري قهراً ما تقدم في الجواب عن الشيخ (قدس سره).

ولابد من ملاحظة أن هذه السلطنة اقتضائية أم لا؟

وفي هذا المقام نقول: ان الجواز الحكمي الثابت للعقود الجائزة هل يجعل الحكم -أي السلطنة- على ارتجاع العين من العامل، وهذا الحكم هل له اقتضاء حتىٰ لايمكن شرط عدم ارتجاعه فيكون شرطاً خلاف مقتضىٰ العقد.

و بعبارة أخرىٰ: كون هذا الحكم له اقتضاء، وهذا المقتضي لابد وأن يكون

....

اطلاقه حتى بلحاظ طرو شرطه.

وفي هذا المقام لابد من تنقيح جهة أخرىٰ، وهي: ان الشرط كما ذكرنا عبارة عن ايقاع النسبة بين الالتزام والملتزم به، حتىٰ يكون صادقاً عليه أنه شرط المالك، فيكون مشروطاً له على العامل، فيكون العامل مشروطاً عليه، والأمر الذي يكون قد اشترط عليه يكون مشروطاً. فلا تكون الشروط الابتدائيه خارجة عن وجوب الوفاء به، وتكون الشروط الواجبة الوفاء بها هي الشروط المرتبطة، أي الالتزام المرتبط بين الشيئين، وذلك معناه ايقاع النسبة بين الشرط والمشروط عليه في المشروط به.

فانه حينئذٍ: تارة يكون القصد مربوطاً، بحيث يكون عند ايقاع المضاربة قصد المالك بايقاع عقد المضاربة يتصور على وجهين: فتارة تكون الارادة من المالك مرتبطة بايقاع هذه المعاملة منوطاً بالشرط، بحيث تكون الاناطة طارئة على الهيئة، بمعنىٰ أنه لوقال «ضاربتك على أن تعمل في مال آخر من البضاعة» بحيث أن هيئة الأمر المعاملي تكون منوطة بالشرط، فيكون الالتزام المعاملي منوطاً بالشرط، كمافي الواجب المشروط من حيث تعلق القيد بالهيئة والالتزام.

وتارة تكون الاناطة طارئة على المقصود، فيقصد المضاربة مطلقة ولكن مضاربة خاصة، نظير الواجب المعلق على اصطلاح صاحب الفصول(قدس سره) و ربما ترتبت عليه ثمرات تذكر في مضانها.

و ثالثة أن يكون الالتزام العقدي توأماً مع الشرط لا مقيداً به ولا مطلقاً عنه، بأن الالتزام بعقد المضاربة مثلاً -أي الهيئة- لا تكون مقيدة بالشرط، ولكن صدر العقد من الموجب في حال صدور الشرط معه ولكن الالتزام والهيئة لم تكن مقيدة به، اذ كون الهيئة مقيدة به يلزم أن لايكون الفاقد للشرط مورداً لارادة الشارط والعقد، فينتفي القصد اليه عند فقدان الشرط.

وأيضاً يلزم أن يكون الشرط وجوده لغواً اذا كانت الهيئة والارادة مطلقة، ولا يوجب قصوراً في الارادة الطارئة على المضاربة، فتكون ارادة العاقد صدرت منه

....

توأماً مع الشرط لامقيداً به ولا مطلقاً عنه، فتكون الارادة الى البيع أو المضاربة مطلقة ولكن في حال وجود الشرط.

و يترتب عليه ثمرات:

(منها) أن على هذا الفرض الذي ذكرناه فانه يمكن التمسك بدليل «أوفوا بالعقود» في العقود اللازمة، لأن البيع الخاص أوقعه البائع، فيكون عموم «أوفوا بالعقود» سالماً له، ولو لم يكن عموم على وجوب الوفاء بالشروط أو لم يشمله لخلل في شموله له، بل لوسئل البائع بأنه أراد البيع مطلقاً لأجاب بالنفي، والحال أنه لم يقيد أو لم يمكن تقييده. و هكذا في الجهة الثانية من أن الاناطة ترد على المادة و الهيئة مطلقاً، و تكون الاناطة طارئة على المقصود والهيئة مطلقاً.

فان من الواضح: أن الهيئة الطويلة لايمكن أن يكون موضوعها قصيراً، و قلنا بأن الاناطة ترد على الهيئة والمادة، فان القيد اذا ورد على الهيئة فقهراً يوجب قصوراً في المادة، والمادة لم تكن مقيدة فقهراً تكون المادة التي هي بمنزلة المعلول الذي يستحيل أن يكون أوضح من علته، فقهراً تكون الارادة طارئة على الحصة الملازمة للعلة.

وذلك من الواضح أن الأحكام الوضعية صادرة على العرف وان الهيئة -ولو كانت علة للأمر لايقاع النسبة لأنه الواجد للمصلحة المقتضي لايقاع النسبة- ولكن ايقاع هذه النسبة موكول الى العرف، والعرف يرى أن المادة علة لطرو الارادة على ايقاع هذه النسبة، لأن العرف لايرى الا الخارج وأما الصور الذهنية فلايراها مؤثرة في وجود هذه النسب و يرى أن المادة الموجودة في الخارج علة لطرو الاناطة بالشرط. وعلى هذا فلا اشكال من أن الضيق يكون طارئاً على المادة من ناحية العرف، وهذا ضيق ينشأ ولولم يرد عليه التقييد أو كان وارداً على الهيئة.

فمضافاً الى أن الموضوع يستحيل أن يكون أضيق من حكمه، فنفس العرف يرى أن القيد يرد على المادة وتكون الحصة الخاصة من الشرط الوارد على البيع أو

....

المضاربة و يكون منوطاً به. ولا فرق بين أن يكون وارداً على الالتزام أو الملتزم به، وحينئذٍ تصح الثمرات المترتبة عليه وهي كالآتي:

الثمرة الأولى: هو ماذكرناه من عدم الفرق بين الاناطة الطارئة على الهيئة أو المادة، فانها موجبة لامكان التمسك بعموم «أوفوا بالعقود» في العقود اللازمة، وكذلك التمسك بعمومات باقي العقود الجائزة، كعقد المضاربة كما تقدم تفصيله.

الثمرة الثانية: أن القوم برمتهم تخيلوا أن الاناطة اذا طرأت على الالتزام لايمكن التمسك بعموم «أوفوا بالعقود» في العقود اللازمة والعمومات الدالة على العقود الجائزة، لتخيلهم أن الضيق في الحكم لايوجب ضيقاً في الموضوع. و نتيجة ذلك هو: اذا طرأ الضيق على الهيئة والالتزام فان الارادة على البيع كان منوطاً به دون القصود والمادة. وهو كذلك في الأحكام الوضعية، حيث أن الاناطة اذا أخذت في الالتزام لا تكون المادة مقيدة، فلايكون البيع أو المضاربة مقيدين، فلا مورد لدليل «أوفوا بالعقود» و شموله للعقود اللازمة. و كذلك لا تشمله أدلة العمومات في المضاربة الجائزة، لأن بنظرهم يكون الالزام منوطاً، وأما البيع أو المضاربة فلايكون منوطاً، فالتعهد واناطته لايكون داخلاً في عموم «أوفوا بالعقود»، لأن العقد لم يكن منوطاً فلا تشمله عمومات «أوفوا بالعقود» ولا تشمله كذلك أدلة العمومات في المضاربة.

و هذا بخلاف ما اذا كانت المادة منوطة لا الهيئة، فان في الفرض الأول كانت الهيئة منوطة والبيع -أي المادة- مطلقة، فقهراً لا تكون العمومات شاملة له عند الشرط. و بالفرض لم يكن عموم لصحة الاشتراط أو لم يكن شاملاً له، فيكون خروجه عن مرحلة هذه العمومات تخصصاً لا تخصيصاً. وهذا بخلاف ما اذا كانت الاناطة واردة على المادة- أي البيع أو المضاربة- فانها منوطة بالشرط، و حينئذٍ يكون هناك مجال لشمول «المؤمنون عند شروطهم»، كما أنه يمكن أن يكون مجال لشمول «أوفوا بالعقود» حتى بالشرط ولو من باب المقدمة، لوجوب الوفاء

....

بأصل العقد اذا لم يكن هناك دليل للوجوب بأصل الوفاء بالشرط أو لم يكن شاملاً له.

هذا ما ذهب اليه القوم قدس الله اسرارهم.

ولكن قد عرفت فيما سبق أن الشرط من الأحكام الوضعية، والمتجه هو نظر العرف والعرف يرى أن الخارج مقيد وليس نظره الى عالم خاص. و من المعلوم أن المادة يراها مقيدة والهيئة غير منوطة بنظره، ولكن قد قلنا: بأن المادة لوكانت مقيدة فقهراً لايمكن أن يكون الحكم أوسع من موضوعه و متعلقه، فيكون الحكم بالحصة الخاصة منه واجداً للمتعلق، فتكون الهيئة والمادة كلاهما منوطين. و هذا لايفرق فيه بين العقود اللازمة أو الجائزة خيارية كانت أم غير خيارية.

أما العقود الجائزة بالجواز الخياري فلا اشكال فيه، غايته أنه يجوز افناء الموضوع بحل العقد، والافما دام العقد باقياً يجب الوفاء به.

وأما العقود الجائزة بالجواز الحكمي كعقد المضاربة والوديعة وغير ذلك، فلا يبقى الاشكال في عدم وجوب الوفاء بالشرط، لضرورة أن حكمه لايزيد عن حكم أصل العقد في جواز حله، والشرط أيضاً يلزم الوفاء به مادام العقد باقياً، فاذا انتفى العقد انتفى وجوب الوفاء بالشرط.

وفي العقود الجائزة لايمكن التمسك بعموم وجوب الوفاء بالعقد لا ثبات وجوب الوفاء به، اذ لا معنى لوجوب الوفاء بالعقد بعد فرض ثبوت السلطنة على رد العين و تملك العوضين، فان معنى السلطنة على تملك العوضين هو عين عدم وجوب الوفاء بالعقد، وهو واضح.

وفي هذا المقام يمكن أن يقال: ان عقد المضاربة والعارية والوديعة و غيرها من العقود الجائزة لا اشكال في أن للطرفين السلطنة على حال العقد و رجوع كل من العوضين الى مالكه ذاتياً، بحيث أن ذات عقد المضاربة يكون مقتضياً لرجوع العامل عن العمل و رجوع المالك الى ماله ذاتاً. و معنى ذلك أن كل شرط ينافي

....

جواز عقد المضاربة يكون نافياً لاقتضاء عقد المضاربة، باعتبار أن كل منهما له السلطنة على الرجوع.

فالشروط المنفية لهذا الاقتضاء تكون منافية له، فلا ينعقد، لأن الذات تكون واجدة للجواز، فالذي ينافي هذا الاقتضاء لايتصور فيه الانعقاد، لأنه يكون خلاف مقتضىٰ العقد. فمثلاً لايمكن اشتراط لزوم عقد المضاربة او الوديعة او غيرهما من العقود الجائزة، فعند عقد المضاربة اذا عقد مشترطاً لزومه لاينعقد، بحيث أن العقد حينما ينعقد ينعقد لازماً، فان ذلك خلاف مقتضىٰ العقد، وكذلك اذا شرط وقوع العقد لازماً حين ايقاع العقد.

ولكن عند الدقة نرىٰ أن عقد المضاربة يحتاج الى ايقاع النسبة بين المضارب والمضارب، فايقاع النسبة اذا كان محتاجاً اليه في أصل العقد فان الشرط أيضاً لما كان عبارة عن ايقاع النسبة و الارتباط بين الشيئين الالتزام والملتزم به فلابد من ايقاع النسبة بين المرتبطين والارتباط تعلق بين عقد المضاربة والشرط، أي شرط عدم الفسخ الى سنة مثلاً أو شرط بقائه دائماً.

ومن الواضح أن هذا الارتباط كما قلنا يحتاج الى ايقاع النسبة بين عقد المضاربة و بين الشرط، فيكون ايقاع النسبة بين الشرط والمشروط في الرتبة المتأخرة عن ايقاع النسبة بين العقد و ايقاع النسبة فيه حتى يتحقق الشرط في العقد، فان ذلك لادخل له في كونه من العناوين الأولية أو الثانوية، بل نفس هذا الارتباط لايتحقق الا أن يكون هناك شرط و مشروط و مشروط فيه و مشروط عليه.

ومن الواضح أن الشرط يحتاج الى موضوع، فحينئذٍ لابد وأن يكون الشرط -أي ايقاع النسبة- انما يرد على ايقاع النسبة المقتضية للعلاقة العقدية بين العامل والمالك. وهذا هوالمنوط، والاناطة -أي الشرط- يرد على هذه النسبة الموقعة، و ذلك يوجب لهذا العقد ارتباط بينه و بين المرتبط اليه. و نتيجة ذلك يتصور في أشياء لابد من كونها ثمرات له:

....

الأول: أن في حال الاشتراط يكون الشرط من قبيل مفاد كان التامة، بحيث أنه لوحظ ايقاع النسبة بين المضارب والمضارب ولوحظ بعد ذلك جعل ذلك مربوطاً بالشرط و حينئذٍ يكون ذلك جعل الارتباط في الرتبة المتأخرة. وهذا فان معنى تأخر الرتبة أن العقد اذا كان لازماً لايؤثر في الشرط اذا كان جائزاً، و بالعكس اذا كان جائزاً لايؤثر في الشرط اذا كان لازماً كماهو المفروض.

الثاني: من الثمرات أنه مثلاً لو اشترط في عقد المعاطاة أمراً كاللزوم فلا يوجب بطلان العقد، لأن العقد بذاته مقتضي للزوم ولايكون اطلاق الشرط منافياً له، لأن الجواز الذي جاء من قبل العقد لايجتمع مع الشرط نهائياً. والذي حكم به المشهور من بطلان الشرط اذا كان خلاف مقتضىٰ العقد في مورد يكون اطلاق العقد مقتضياً حتىٰ لارتباط الشرط. ومن الواضح أن اطلاق العقد لايوجب ذلك، لان هناك لايكون المتابعة والمتابعة لا توجبه، فانه لوكان تبعية للارتباط لكان وجوب الوفاء بالشرط موجباً للزوم في العقود الجائزة، وكان ذلك خلاف مقتضىٰ العقد، بل لايوجب الا الوفاء بمقتضىٰ العقد مادام باقياً، ولا ربط بشمول الاطلاقين أحدهما للاخر.

وما سلكه المشهور متخيلاً أن الشرط يوجب الاندكاك -لأنهم يرونه كالقضايا الخارجية والاعتبارات الخارجية- والحال أن ظرف العروض في الذهن و ظرف الانطباق في الخارج، لأن العرف كما قلنا لايرىٰ أثراً للتطبيقات الذهنية كما عرفت، بخلاف التكليفيات حيث أن ظرف العروض في الذهن و ظرف الانطباق في الذهن و ظرف الامتثال فى الخارج.

و حينئذٍ ففي عالم الذهن لامدخلية في الأحكام الوضعية في مرحلة الانطباق، فالخارج مرحلة انطباقه وان كان في مرحلة الايقاع هو في عالم الذهن. وفي هذه المرحلة تكون النسبة الايقاعية للعقد في الرتبة المتقدمة من ايقاع النسبة للارتباط والشرط، و تستحيل سراية الاطلاق الموجود في العقد الى الشرط، كما أن اطلاق

....

الشرط تستحيل سرايته الى العقد.

فلو شرط في عقد لازم أن يصلي صلاة الليل مثلاً، فهذه الصلاة المستحبة لا تصير بهذا الشرط واجبة، ولو كان الاشتراط لازم الوفاء به من ناحية الشرط، الا أن الصلاة لاشتراطها لاينذك فيها الوجوب، فالصلاة المستحبة بما أنها مستحبة يجب الوفاء بها. وهكذا في المقام، فان العقد الجائز لوشرط فيه بقاؤه الى سنة مثلاً يكون هذا العقد المحكوم فيه واجب الوفاء مادام العقد باقياً، وان رجع أي واحد منهما ينتفي الموضوع، فلايكون عقد حتىٰ يجب الوفاء به.

والمشهور في هذه الموارد حكموا ببطلان الشرط والعقد، من جهة تخيلهم بأن الارتباط والشرط يسري الى العقد، وحينئذٍ فالعقد المحكوم بجوازه يصير لازماً بالشرط ويكون ذلك خلاف مقتضىٰ العقد. ولكن لا أساس لهذا التاثير، لأن الاطلاق الذاتي الذي هو عبارة عن سلطنة كل واحد من المتعاقدين على التخلية و رفع اليد عن هذا العقد ولايكون هناك شرط مزاحم لهذا الحكم.

وهذا وذاك يتحقق بايقاع النسبة العقدية، وحينئذٍ اذا تحقق الايقاع الارتباطي من ناحية الشرط يكون الارتباط الناشئ من ناحية الشرط لايزاحم اقتضاءه، و ذلك لاقتضاء العقد الجائز، بل يكون الشرط واجب الوفاء من دون ارتباط بجواز العقد الواجد للاقتضاء، فاقتضاء الشرط لوجوبه لاربط له بجواز العقد الاقتضائي. فالشرط لايقلب العقد الاقتضائي الجوازي الى العقد الوجوبي، حتىٰ يتحقق كلام المشهور بأي نحو كان متخيلين بأن العقد اذا شرط فيه الوجوب ينقلب العقد من الجواز الى اللزوم.

ولو كان الأمر على هذا المنوال لكان المشهور على صحة في كلامهم، ولكن الأمر ليس كذلك كما عرفت، فيكون كلام المشهور صحيحاً وفي غاية الصحة ولكن لاربط للارتباط الشرطي.

وعلى هذا لا تنافي عند الدقة وأنه يلائم ماذكرناه من أن الارتباط هو كون الشرط و الارتباط وارداً على الهيئة والمادة، لأن الارتباط الناشيء من ناحية الشرط

....

الذي يكون من ناحية ايقاع النسبة، وهذا الايقاع على العقد فيكون كما ذكرناه.

وصحة ماذكرناه هو مصيرهم الى صحة شرط اللزوم في عقد آخر لازم، فان نفس هذا المصيريبيّن ويوّضح أن فتواهم بعدم صحة شرط اللزوم في عقد المضاربة، فذلك من جهة أن شرط اللزوم في العقد له ارتباط بالعقد. وأما شرط اللزوم أو البقاء في عقد آخر لايلازم هذا المعنىٰ، ولكن فتواهم بذلك في ذلك المورد وعدم فتواهم بذلك المورد غير صحيح، حيث قلنا بأنه لافرق بينهما في عدم الارتباط في كلا الموردين كما لايخفىٰ.

الثالث: قد عرفت مما ذكرنا أن اشتراط اللزوم لايوجب لزوم العقد، فالعقد باقٍ على جوازه ولكل منهما له السلطنة علىٰ الفسخ، ولكن مع عدم الفسخ تترتب عليه الآثار الوضعية والتكليفية من ناحية الارتباط لا التكليف المحض كماتوهم.

هذا كله اذا شرط في العقد بقاءه الى زمان أو شرط عدم فسخه الى سنة كان كل ذلك صحيحاً.

لافرق في اشتراط الفعل اوالنتيجة في ضمن العقد

نعم لوكان الشرط على عدم الفعل - كأن يشترط في العقد على عدم السلطنة على الفسخ الى سنة- يكون بحيث أن المالك قال في عقد المضاربة على ايقاع عقد المضاربة، وعليه أن أملك الفسخ الى سنة فان هذا النحو من العقد غير الواجد للشروط والالتزامات المستقلة بحيث يرجع الى شرط عدم السلطنة فذلك ينافي جواز العقد تلقائياً.

وهكذا اذا شرط بنحو النتيجة في عقد المضاربة، فلا اشكال فيه اذا كان المشروط ليس من العقود الواجدة لسبب خاص كالتمليك والمضاربة و غيرهما من هذا النحو من العقود، لأنه لم يكن واجداً لسبب خاص، فيمكن اشتراطه بنحو شرط النتيجة. وأما الشروط الواجدة لسبب خاص فلايمكن اشتراط ذلك في العقد و

....

ذلك أن من شروط صحة الشرط هوكونه داخلاً تحت قدرة الشارط للمشروط له، فلا يمكن اشتراط مالا يقدر على تسليمه الى صاحبه، كاشتراط حمل الدابة في المستقبل أو صيرورة الزرع سنبلاً أو جعله سنبلاً، حيث لايمكن صيرورته سنبلاً و جعله سنبلاً ليس تحت قدرة المكلف واختياره حتى يتمشىٰ منه قصد الانشاء.

فحقيقة الشرط لما كانت عبارة عن جعل المكلف العلاقة اللزومية بين الشيْ و نفسه -بحيث يرىٰ نفسه ملازماً مع ذلك الشيْ- كان الانشاء عبارة عن ايقاع تلك العلاقة اللزومية، فلا يمكن تمشي هذا القصد من العاقل بالنسبة الى مالا يكون تحت قدرته واختياره بوجه من الوجوه، سواء كان الشرط شرط النتيجة أو الفعل كالمثالين المذكورين.

نعم لوكان الشرط فعلاً للغير ولكن كان من جهة تحت قدرة الشارط واختياره ولومن جهة تحصيل مقدماته- كاشتراط قيام زيدمثلاً-حيث أنه وان كان خارجاً عن قدرة المكلف الا أنه أمر يمكن وقوعه في المستقبل و يمكن ايجاده ولو بالتطميع و غير ذلك، بمعنىٰ قصد الجد في الانشاء بملاحظة قدرته على المقدمات العادية لوجود قيام زيد في المستقبل. فمن جهة ذلك يضاف قيام زيد الى نفسه و يقول «ضاربتك بشرط قيام زيد».

ومن ذلك ايضاً جعل الزرع سنبلاً أو اشتراط صيرورته سنبلاً، حيث أنه بملاحظة قدرته على المقدمات المعدة لصيرورة الزرع سنبلاً بحسب العادة بنحو يقطع بترتب النتيجة على تلك المقدمات عادة و يرىٰ نفسه قادراً على جعل الزرع سنبلاً، فبهذه الملاحظة يضيف الى نفسه و يقصد جداً في تحقق تلك العلاقة اللزومية، من دون فرق في ذلك بين شرط الفعل أو شرط النتيجة.

ومن المعلوم أن هذا النحو من الاشتراط يقع صحيحاً عند العقلاء، ولا دليل ظاهراً على بطلان مثل هذه الشروط. ولا تكون مثل هذه الفروض خارجة عن محل الكلام، بحيث تكون مثل هذه الشروط ممكنة في عقد المضاربة نتيجة كانت أو

....

فعلاً، لأن القدرة على ايجاد مثل هذه حاصلة.

نعم لوكان لم يعلم بترتب النتيجة على تلك المقدمات، بأن يشك في ترتبها عليها و لم يكن أصل عقلائي في البين حتىٰ يدفع به احتمال عدم ترتب النتيجة على تلك المقدمات، كما اذا لم يأمن في المثال صيرورة الزرع سنبلاً من الافات السماوية من البرودة وغيرها مثل المطر الكثير الذي يفسد الزرع كما حدث في بعض الأراضي والبلدان، فيمكن على هذا دعوىٰ البطلان، ولكن لامن جهة عدم القدرة على الشرط بل من جهة الغرر، فيكون البطلان مستنداً اليه دون عدم القدرة. وهذا أمره سهل يأتي بيانه ان شاء الله تعالىٰ.

فتحصل أن عدم القدرة على الشرط يتصور على أنحاء ثلاثة:

الأول: أن لايكون الشرط تحت قدرته و اختياره بوجه من الوجوه، حتى بالنسبة الى مقدماته المعدة له عقلاً أوعادة، كاشتراط جعل الزرع سنبلاً مع عدم كون الشارط من أهل الزرع، أو كان كاشتراط الطيران في الهواء أو اشتراط قيام زيد في ساعة كذا مع قدرته عليه حتى بالنسبة الى مقدماته. ومثل هذا قد عرفت أنه لايمكن فيه الارادة والقصد الجدي بتحقق العلاقة اللزومية، فلا يتحقق الألتزام بالشيئ أصلاً.

الثاني: أن لايكون له فعلاً اختيارياً ولكن أمر يمكن حصوله في المستقبل و هذا القسم يتصور على انحاء ثلاثه.

(الأول) أن ذلك: تارة يقدر على ايجاد مقدماته ولكن مع ذلك يقطع بعدم ترتب النتيجة عليه لأجل بعض الموانع الخارجيه. وهذا القسم حكمه حكم القسم الأول في عدم تمشي الارادة الجدية من المكلف في انشاء التزامه.

وأُخرىٰ يشك في ترتب النتيجة على تلك المقدمات من جهة احتمال طرو بعض الموانع، كاحتمال البرودة و كثرة المطر مثلاً مع عدم أصل عقلائي في البين حتى يدفع به مثل هذا الاحتمال. ففي مثل هذه الصورة وان أمكن تمشي الارادة الجدية من المكلف في انشاء العلاقة اللزومية حيث يقصد بتحققها رجاء تحقق

....

الفعل و ترتبه على تلك المقدمات، الا أن فساد الشرط في مثل هذه الصورة لايكون من جهة عدم القدرة على الشرط ولو فرض عدم تحققه الى الأبد، بل انما هو من جهة الغرر، فهو الذي يوجب فساد الشرط دونه، اذا لم يكن المدار في القدرة القدرة على الشئ واقعاً، بل المدار هو القدرة عليه حين الالتزام. والشرط أيضاً ليس الانفس الالتزام، والمفروض حصوله في ذلك الآن، فلم يبق شئ من هذه الجهة حتىٰ يوجب فساد الشرط. والا لوكان المدار في القدرة القدرة على الشئ واقعاً يلزم فساد الشرط حتىٰ في صورة كون الشرط فعلاً اختيارياً للمكلف حيث يتخيل القدرة عليه كمافي اشتراط الخياطة مثلاً فانكشف عدم قدرته عليها بعد الالتزام. مع أنه لايلتزم به المشهور، حيث يحكمون بأن للاخر خيار تخلف الشرط مع صحة الاشتراط من الأول، لا أنه يكشف عن عدم صحة الشرط من أول الأمر. وعليه فبعد تحقق القصد من المكلف في هذه الصورة -ولو برجاء ترتب النتيجة على مقدماتها التي كانت اختيارية- لا محيص من الالتزام بأن الفساد في هذه الصورة كان من جهة الغرر.

وذلك لامن جهة أن من شرائط صحة الشرط هو عدم الغرر، بل من جهة أن الغرر يبطل المشروط فيفسد الشرط تبعاً لفساده، كما اذا فرض وقوع الشرط في طي عقد البيع. والا فلوكان الشرط واقعاً في ضمن عقد المضاربة أو الصلح و غيرهما مما بني العقد على الغرر و مما لايوجب الغرر فساداً فيه لامجال لبطلان الشرط و فساده، فلابد من الالتزام حينئذٍ بصحة مثل هذا الشرط، لأن المفروض كونه من الشرائط العقلائية وكون المحل أيضاً قابلاً لتحقق العلقة اللزومية، فلا مانع حينئذٍ من صحته.

نعم لو فرض عدم كون الشرط تحت قدرة المكلف -ولو بتوسيط مقدماته و مقتضياته المعدة لوجوده- أو كان بنحو يقطع بعدم ترتبه على تلك المقدمات من جهة قطعه بوجود المانع الخارجي عن تحققه، كان لابد من الالتزام بفساده ولكنه داخل

....

في القسم الأول.

(الثالث) القدرة على ايجاد الشرط خارجاً ولو بتوسط مقدماته المعدة و مقتضياته، بحيث يقطع أو يطمئن بترتب النتيجة على تلك المقدمات بعد ايجاده.

والظاهر أنه لاينبغي الاشكال في صحة مثل هذا النحو من الشرائط، حيث أنه -وان لم يكن بلاواسطة تحت قدرته و اختياره الا أنه من جهة القدرة على مقتضياته المعدة لوجوده وكونه قادراً على ايجاده و يصح استناد الشرط اليه من هذه الجهة كما في «فتح الأمير للبلد». وهذا هو القسم الخارج عن محل الكلام ولا اشكال في صحته ولو لم يكن فعلياً فعلاً ولكن يصح الاستناد الى الأمير.

وكيف كان فقد ظهر مما ذكرناه أنه لاينبغي الالتزام بالفساد بالنسبة الى الشروط غير الحالية على نحو الاطلاق، بل لابد من التفصيل بين انحاء الشروط على النحو الذي ذكرناه، فما كان منها من قبيل القسم الأول ينبغي القول بالفساد من جهة انتفاء القدرة عليه ولعدم تمشي الارادة الجدية في انشائه.

ولعل من هذا القبيل اشتراط غاية يتوقف حصولها شرعاً على سبب خاص بالشرط من دون اشتراط ايقاعها بسببه، و من ذلك جميع عناوين المعاملات كالبيع والاجارة والنكاح والطلاق والعتق، حيث أنه يعلم من مذاق الشرع والروايات الواردة بهذا الخصوص حسب التتبع في الروايات والفتاوى حصول تلك العناوين كل على سبب خاص، بحيث لايمكن تحققها بنفس الشرط والالتزام وحده من دون سببه الخاص به. حيث ان أشتراطه بتحقق مثل هذه العناوين انما هو بمنزلة تحقق المعلول بدون تحقق علته، ومن المعلوم أن ذلك مستحيل عقلاً، كاشتراط الطيران في الهواء أو اجتماع النقيضين أو ارتفاعهما.

نعم لو اشترط ملكية شئ لزيد لابأس بصحته من جهة عدم توقف تحقق الملكية على مسبب خاص في الشرع، بل يتحقق بأي سبب حصل، ومنه نفس هذا الشرط بتحقق الملكية.

....

ومن هذه الجهة نقول: بأن تعريف الملكية منظور فيه احتياجها الى التمليك والتملك، حيث أنه يمكن تحققها ولو بنفس الشرط كمافي المقام.

وكيف كان فان أحرز من الخارج عدم توقف تحقق ذلك على سبب خاص فلا اشكال في صحة الشرط و حصوله بالشرط أي بنفس الاشتراط كملكية عين خاصة، ولو كانت في عقد كمثل المضاربة والصلح وغير ذلك حتى في البيع وان أحرز توقف حصولها على سبب خاص كالبيع والنكاح والطلاق فلا اشكال في عدم صحته و عدم حصوله بنفس الاشتراط.

و حينئذٍ لابد من استقصاء الموارد التي يكون مورد الايقاع فيها بنفس الاشتراط أو يحتاج الى سبب خاص كالبيع والنكاح و أضرابها، فانه لما عرفت بأن الشرط عبارة عن ايقاع النسبة بين الشارط والمشروط عليه والمشروط فيه، فهذا المعنى يتحقق في كل عقد يمكن أن ترد فيه هذه الخصوصية من البيع والاجارة و جميع العقود، على التفصيل الذي ذكرناه في مثل العقود الواجدة لسبب خاص به كما تقدم، من دون أن يكون الشرط فعلاً من الأفعال أو نتيجة من النتائج.

الا أن الكلام في أن العقود الأذنية كالمضاربة والبضاعة والوكالة والوديعة والعارية وغيرها من العقود الاذنية مملكة أو غير مملكة تحتاج الى عقد خاص بها أو أن ذلك يصح ولو بالشرط في ضمن العقود اللازمة أو الجائزة. فمثلاً يصح شرط المضاربة في عقد البيع أو الصلح أو شرط عقد البضاعة في عقد المضاربة أو غير ذلك.

فان شرط هذه الامور بنحو الفعل لا اشكال فيه، مثلاً بأن يشترط في عقد المضاربة أن يعمل في آخر بضاعة. و حينئذٍ يجب هذا الفعل عليه مادام مضارباً، ولا اشكال فيه.

ولكن الكلام في أن بالشرط يكون عقد المضاربة واقعاً من دون ايجاد عقده كما اذا عقد مضاربة و شرط عقد البضاعة أو المضاربة الأُخرىٰ أو هبة أو عارية أو

....

غير ذلك، فان في العقود الاذنية يمكن ادعاء ذلك، كما اذا تعلق الشرط في عقد آخر بالمضاربة أو المزارعة أو الحوالة والرهانة وأمثالها مما لم تؤخذ خصوصية في انشائه فيها.

و توهم أن العقود الاذنية متقومة بالاذن حدوثاً و بقاءً فلا يصلح انشاء ملزم بها. غلط، لأن تقوم الوكالة في عقد لازم كالبيع أو النكاح مما لا اشكال فيه، فان ذلك وان كان متقوماً بالاذن حدوثاً لايكون متقوماً بالاذن بقاءً، كما أن عقد الوكالة الذي هو من العقود الاذنية لو ارتفع منه الاذن تنفذ الوكالة مادام لم يصل اليه ذلك.

فيعرف أن العقود الاذنية حدوثها يكون مشروطاً بالاذن دون بقائها، فيجوز شرطه في كل العقود ولا تكون محتاجة الى سبب خاص، كشرط النتيجة أو الفعل فانه لافرق بينهما.

وأما اذا شك ولم يعلم أحد الأمرين -بأن لم يعلم الأمرالمشروطأن ذلك من ذوات الأسباب التي لا تتحقق بنفس الشرط بل تحتاج الى أسباب أو أنه تتحقق ولو بالشرط من جريان سببه الملزم ولوبالشرط- ففي هذا المقام نقول: ان مقتضى القاعدة هو صحة الشرط و نفوذه، أو أن مقتضاها هو عدم الصحة و عدم النفوذ.

ولكن ينبغي أن يقال بابتناء هذه المسألة على أن الشرط هو عبارة عن العلقة اللزومية المسببة عن الانشاء، كماهو الصحيح وقد تقدم تفصيله أو أنه عبارة عن نفس الانشاء الالتزامي.

فان قلنا بالأول فلازمه الحكم بعدم صحة الشرط و عدم نفوذه، ولايمكن التمسك بمثل عموم «المؤمنون» في انفاذه، حيث لم يعلم بتحقق أصل الشرط و تلك العلقة اللزومية بنفس الانشاء، فيشك حينئذٍ في أصل انطباق عنوان العام على المورد. و معلوم من أن في مثله لايمكن التمسك بعموم العام ولو قلنا بجواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

وأما لو قلنا بالثاني -في أن حقيقة الشرط عبارة عن نفس الانشاء والالتزام لا

....

الأمر المسبب- فبعد تحقق الانشاء والالتزام يتحقق أصل الشرط ولو من جهة رجاء القدرة عليه، فيشمله حينئذٍ عموم «المؤمنون عند شروطهم».

و حينئذٍ فجواز التمسك بعموم «المؤمنون» و عدمه في هذه الصورة مع الشك في قابلية المحل للتحقق من جهة هذا الانشاء و عدم قابليته، مبني على جواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية في المخصصات اللبية و عدم جوازه، فان قلنا بالجواز -كما هوالحق في تلك المسألة- نقول به في المقام و نحكم بتحقق ذلك العنوان بنفس هذا الشرط، والافلا نحكم بتحققه.

ولكن قد عرفت أن للمسبب نحو ضيق كما أو ضحناه، فلايمكن التمسك بعموم «المؤمنون عند شروطهم» عند الشك في القابلية .كمالا يخفى.

وفذلكة الكلام في هذا المقام:

ان شرط اللزوم في عقد المضاربة لما كان وارداً على وجود العقد، فمعنى لزومه يكون منوطاً بوجود العقد، فان الحكم- أعني جواز العقد بالنحو الذي ذكرناه -معناه السلطنة على بقاء العقد أو فسخه. فهذا في رتبة الموضوع باق ولايمكن أن يكون هذا الاقتضاء منافياً لشرط اللزوم، لأنه ان كان ذاتياً فاطلاق الذات لايمكن أن يتسرب الى الرتبة المتأخرة، لأنه من شرائط الاحتياج، والعرف يرى اطلاق شرائط الاحتياج و تسربها الى الرتب المتأخرة قبيحاً، والشرط انما يكون من قبيل الشرائط المحتاج اليها، وهذه الشرائط لاربط لها بذلك هذا أولاً.

و ثانياً فان شرط البقاء -ولو كان أبدياً على عقد جائز بالمعنى الذي ذكرناه- ينافي عدم السلطنة، فان عدم السلطنة تنافي العقد وهو من شرائط الاحتياج، فانه على مبنانا لاربط له بالعقد، فيجوز ذلك و يكون عين شرط المضاربة في عقد آخر لازم. ولافرق بينهما، فمن قال بالجواز لابد وأن يقول بالجواز في المقام ايضاً.

نعم لو اشترط عدم ملك الفسخ -بحيث يوقع عقد المضاربة على عدم سلطنته على الفسخ- فهذا ينافي العقد، لأن بناء العقود الجائزة لايكون ذاتها مقتض

....

للجواز، بل يكون مقتضىٰ الجواز هو عقدها، بأن العقد محكوم بجواز الفسخ و عدمه بعبارة اخرىٰ. فالمشهور انما يرون العقد مقتضياً لما ينافيه، والذي ينافيه هو ما كان منافياً لهذا العقد، وهو رفع هذا الحكم، لا اللزوم الذي بيّناه بمالا مزيد عليه.

الفرع الثالث: ان المناط كما حققناه فانه لوكان هناك اطلاق لكان الأمر غير مايرومه الماتن، بل ان الأمر يستحيل أن يكون فيه اطلاق لهذه المراتب حتىٰ يكون النزاع في الاطلاق و عدمه.

الفرع الرابع: بعد جواز اشتراط اللزوم لامعنىٰ لأن يصبح العقد الجائز لازماً، اذ من المستحيل ذلك، بل لو اشترط في عقد المضاربة بعدم جواز فسخها الى وقت معين لايمكن أن يسري الىٰ العقد، لما قلنا في وجهه من أنه يستحيل أن يسري اللزوم الى العقد من الشرط، بل يكون الشرط واجب الوفاء. ولكن في عقد جائز يجوز فسخها، و بعد الفسخ لايبقىٰ موضوع للشرط حتى يجب الوفاء به، ولا معنىٰ للزوم العقد كما عرفت تفصيله.

نعم لو اشترط عدم فسخها بنحو شرط عدم الفعل، فلا أشكال في عدم جواز فسخها قبله، ولو فسخها فتترتب عليه الآثار الوضعية والتكليفية.

الفرع الخامس: ان المسلم مما نستفيده من كلمات المشهور (قده) هو بطلان الشرط اذا كان نافياً للسلطنة، لامثل اللزوم وعدم الفسخ و أمثاله، فان المشهور صرحوا لتوجيه البطلان بشرط عدم ملك الفسخ لامثل ماذكرنا.

الفرع السادس: قد عرفت أنه بالتصوير الذي بيناه لاينافي اطلاق العقد ولا ينافي اقتضاء العقد، بتفصيل قدمر مفصلاً.

الفرع السابع: ان الشرائط في العقود الجائزة غير لازمة الوفاء، لأنا لا نفهم معنى سراية اللزوم من الشرط الى العقد. والمشهور لايقولون به، فانهم يقولون بأن جواز العقد معناه السلطة على تملك العوضين، وهو عين عدم وجوب الوفاء بالعقد.

و يرد عليه: وجوب الوفاء بالشرط، غايته يكون منوطاً بفرض بقاء العقد مادام لم

....

يرجع أحد المالكين الى ماله، فيجب الوفاء به. ولاضير فيه من كون الشرط يجب الوفاء به وجوباً نفسياً مع عدم كون العقد واجب الوفاء كما قلنا، حيث أن مجرد الارتباط لا يوجب التبعية له في أصل الحكم. فهو نظير النذر اذا ورد مستحب فيجب الوفاء به على أنه مستحب، كما هو واضح. فلو نذر صلاة الليل لوكان موجباً لارتفاع الحد، فيلزم أن يكون الوفاء بالنذر قُربياً والصلاة واجبة الاتيان بها أيضاً. ولكن المشهور لايقولون بترتب هذين التاليين عليه، ومن هنا يعلم بأن العقد يبقىٰ على جوازه و يجب الوفاء به وضعاً و تكليفاً.

ومنه يعرف أن الشرط الذي مفاده عدم الفسخ يجب فيه بقاء العقد ولكن لايوجب لزوم العقد كما تقدم.

وما قيل عن بعض الأساتذة من كون شرط التأجيل يرجع الشرط الى اللزوم في العقد و هذا باطل، وقد عرفت بطلان هذا الكلام بنفس الاستدلال الذي استدل به رحمه الله.

الفرع الثامن: لو شرط المضاربة في ضمن عقد لازم آخر، فذلك يحتاج الى البحث في جهتين:

الأولى: وقوع عقد المضاربة بنفس الشرط، من دون احتياج لعقده وقلنا بصحته، ولايكون مورداً للكلام في المقام.

الثانية: وقوع عقد المضاربة لازماً لكونه مشروطاً في عقد لازم، فقال البعض بأن المورد وان لم يكن خلاف مقتضىٰ العقد ولكنه مخالف السنة، لأن العقود الاذنية - كما تقدم منا - لا تكون جائزة من قبل ذاتها، وانما الجواز ناشيء من نفس العقد. ولكن الكلام هوفي أن مقتضىٰ العقد مطلق السلطنة أو السلطنه المطلقة؟

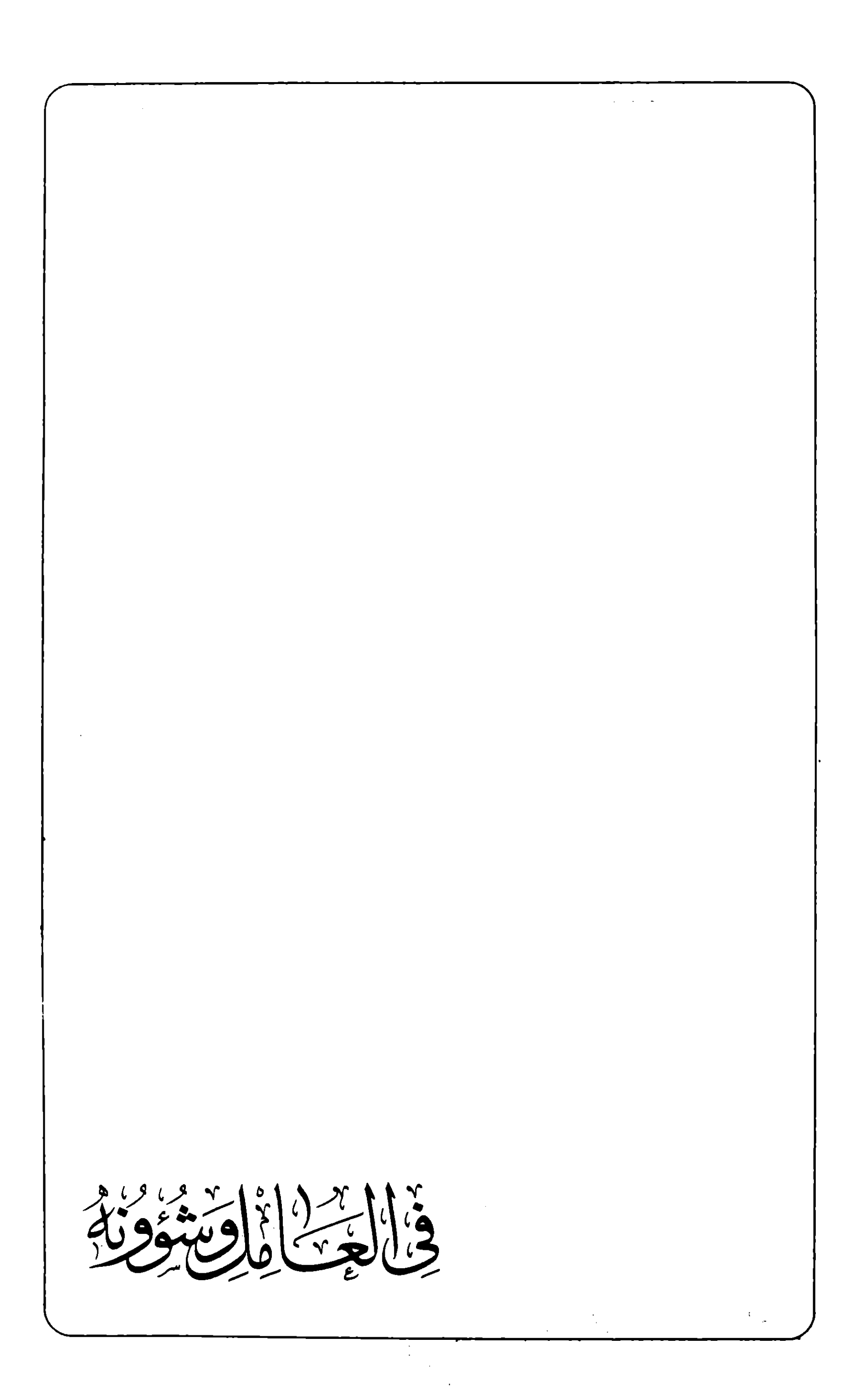
ومن الواضح أن استقصاء كلمات الأصحاب يظهر منه في أغلب العقود الاذنية يكون للطرفين مطلق السلطنة على الرد والامضاء، لا أنه تكون السلطنة السلطنة. فقهراً لا تكون هذه الشروط مخالفة لمقتضىٰ عقد المضاربة ولايكون كلام بعض

....

الأساتذه ناشئاً من قلة الاستقصاء كمالا يخفى.

الفرع التاسع: لو شرط في عقد المضاربة مضاربة أخرى، لا اشكال فيه، فأما أن يكون شرط فعل أو شرط نتيجة كما تقدم ذلك من تضاعيف ما ذكرناه مفصلاً في هذا العقد.

وكذا لو اشترط في عقد المضاربة على ايقاع البضاعة نتيجة أو فعلاً، فيصح ذلك. و كذلك في قرض أو خدمة أو مايشبه ذلك، فيجب الوفاء به كما تقدم من مثل هذه الأمور التي لايحتاج فيها الى سبب خاص أو كان تحت اختياره بالنحو المتقدم. هذا تمام الكلام في المسألة الثانية.


فِي العَامِلِ وَشُؤُونِهِ

الفصل الثالث:

في العامل و شؤونه

(مسألة ٣)- اذا دفع اليه مالاً وقال اشتر به بستاناً مثلاً أوقطيعاً من الغنم، فان كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صح مضاربة، وان كان المراد الانتفاع بنمائها بالاشتراك ففي صحته مضاربة وجهان: من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجارة فلايصح، ومن أن حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة.

والأقوىٰ البطلان[١] مع ارادة عنوان المضاربة، اذ هي مايكون الاسترباح فيه بالمعاملات و زيادة القيمة لامثل هذه الفوائد. نعم لابأس بضمها الى زيادة القيمة. وان لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة، فيمكن دعوىٰ صحته للعمومات.

---

[١] لا اشكال -كما سيأتي بيانه مفصلاً عند تعرض الماتن لفروعه- أن العامل لابد وان يمتثل مايريده المالك في التجارة، ولو خالفه يضمن رأس المال. هذا أولاً.

و ثانياً قلنا في أول الكتاب أن ايقاع عقد المضاربة يقتضي أن العرف يلاحظ جميع الآثار المترتبة على هذا الايقاع والتعهد الايقاعي. و نتيجة ذلك: ان في كل

....

مورد صار فيه ايقاع هذا التعهد علة لوجود هذا العقد فقهراً يؤثر أثره من هذه الناحية للمضاربة. فمثلاً يؤثر في جواز الاسترباح من مال المالك وكذلك فنفس ايقاع مثل التعهد يوجب أن يكون العامل شريكاً في الربح الحاصل من هذه التجارة، فنفس هذا الايقاع يكون علة لهذه الأمور.

ولا يكون ذلك محتاجاً الىٰ الشرط، بل نفس ايقاع مثل هذه النسبة يقتضي أن يكون العامل شريكاً مع المالك في الربح بما تراضيا.

وثالثاً ان المناط هو حصول الربح في التجارة، وهو العمدة في المضاربة، كما سنبينه في موارد تعرض الماتن له. وعلى هذا لايكون المناط هوالدوران،بل ماهية عقد المضاربة حصول الربح للعامل.

ولا نحتاج الى دليل آخر للتمسك بصحة هذا العقد، لأن الركن في عقد المضاربة هوالمال من المالك وجلب الربح من العامل بهذا المال بالتجارة كان أو بغيرها. فالمناط مايكون دخيلاً في جلب الربح، و لذلك نقول: بأن مايكون داخلاً في ذلك يصدق عليه ذلك، اذ تلازم عقد المضاربة مع العقود الأخرىٰ معناه أن تكون المضاربة في عرض صدق المضاربة عليه، فيصدق عليه الشركة والوكالة الخاصة والوديعة الخاصة وكل ما كانت المضاربة محتاجة الى ذلك ،فحينئذٍ يكون ايقاعه يقتضي ذلك. فاذا احتيج الى عموم يقتضي ذلك العقد و يترتب عليه، فيمكن التمسك باطلاقات عقد الشركة عند عدم صدق المضاربة، كما يقتضي اجراء باقي العمومات عندالشك فيه.

ولكن هذا المعنى فيما اذا لم تكن أركان عقد المضاربة مختلة، والحال أن عقد المضاربة لايكون مختلاً أصلاً، لأنه ليس من أركانه التجارة بل حصول الربح وهو موجود، و حينئذٍ لابد من التمسك بأدلة المضاربة.

والحاصل ان عقد المضاربة يكون له ركنان: الأول الاسترباح، الثاني عمل العامل.

(مسألة ٤)- اذا شرط المالك على العامل أن تكون الخسارة عليهما كالربح أو اشترط ضمانه لرأس المال، ففي صحته وجهان: أقواهما الأول، لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد كماقد يتخيل، بل انما هومناف لاطلاقه، اذ مقتضاه كون الخسارة على المالك وعدم ضمان العامل الامع التعدي أو التفريط[١]....

و حينئذٍ فيكون ذلك بالتجارة أو بغيرها، ولايكون دخيلاً في مفهومه، فتكون اطلاقات عقد المضاربة شاملة له، فالأقوى الصحة مع ارادة المضاربة.

[١] في هذا المقام لنا فرعان:

الفرع الأول: أن يكون العامل شريكاً مع المالك في الخسارة المتوجة الى الربح، و ذلك واضح، حيث أن الربح بعد ظهوره يكون داخلاً في ملك المالك، فيكون أمانة عند العامل بعد أن كان بالظهور ملكاً للمالك.

الفرع الثاني: ملكية المالك لرأس المال تجعل العامل مسيطراً عليه وتكون يده على رأس المال يد أمانية، فهل يمكن اشتراط ضمانه أم لا؟

و هناك فرع ثالث، وهو أن في عقد المضاربة يمكن أن تجعل الخسارة على الشركة بينهما كمافي الربح، بحيث يكون من مقتضى المضاربة ذلك كما في الربح، أو انما يقتضي عقد المضاربةاشتراك العامل مع المالك في الربح فقط والخسارة تكون من طرف المالك فقط. فالفرق بين هذا الفرع والفرعين الأولين هو كون عقد المضاربة واقعاً في هذا الفرع على أن الخسارة كالربح تكون بينهما، وفي الفرع الأول والثاني تكون الخسارة بينهما بالشرط.

والفرق بينهما: أن في الفرع الأخير لايكون من الشروط البارزة بالتلفظ، واذا كان من جهة ايقاع عقد المضاربة يكون الا تيان فعلي يوجب أن يكون من الشروط البارزة بالتلفظ، فيكون داخلاً في الفرعين الأوليين.

و حينئذٍ لايبقى اشكال سوى أن العقود الاذنية خصوصاً المملكة يكون العامل يده فيها أمانية، وفي الأيادي الأمانية هل يصح شرط الضمان أم لا؟

....

البحث في امانية اليد

ففي المقام لابد من ذكر جهتين: الأولى في معنى امانيةاليد، الثانية ضمان اليد الأمانية بالتعدي والتفريط.

أما اذا لم يكن هناك تعدي و تفريط، فهل يمكن اشتراط الضمان للأيادي الأمانية أم لا؟

فنقول: ان العامل في عقد المضاربة بعد وجود العقد و سيطرته على المال للاسترباح تكون يده امانية، وذلك بعد قيام الاجماع الذي لم ينكره أحد صحيحة محمدبن مسلم[1] عن ابي جعفرعليه السّلام قال: سألته عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يُسرق على صاحبه ضمان؟ قال عليه السّلام: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً.

وهذا من المسلمات ان كان بدون التعدي والتفريط، و مقتضىٰ لكون الاشكال في الفروع الآتية من أن العامل المضارب أمين كالمعير لايضمن الا بالتعدي والتفريط. وهذا مما لا اشكال فيه، و ذلك لأن يد المضارب مما تنطبق عليه قاعدة الائتمان، و ذلك لأن قاعدة الائتمان انما تكن آتية محضاً من قبل المالك مجاناً كان أو مأذوناً من قبل السلطنة عليه، بلا توقع عوض عليه عاجلاً أو اجلاً كي تخرج يد المستأم المتوقع فيه العوض وان أجلا، من دون فرق في ذلك أيضاً بين كون وضع اليد لمصلحة المالك أو العامل كماهو المفروض في المقام، من جهة أن وضع يد العامل المضارب للدفاع عن حق العامل للاسترباح، و كذلك يدالمستعير الوارد في حقه بأنه مؤتمن كماورد ذلك في حق العامل المضارب.

وفي كون الاذن فيه ناشيء عن اختيار محض أو يشمل ماكان اذنة من جهة مقدميته لوفاء الحق لازم كالاذن في العين المرهونة والمستأجرة والمال المضارب

(١) المذكورة في الوسائل باب ٣ من كتاب المضاربة حديث ٣.

....

فيما يتوقف استيفاء الربح على كون المال في يد العامل، فانه لاينافي أن يكون ائتمان بالنسبة الى عين الربح أو رأس المال مع مقدميته لاستيفاء حق لازم كمافي العين المستأجرة، أو حق جائز كمافي رأس مال المضاربة، أو الأرباح التي تحققت بالظهور ولم تقسم بعد.

فاليد الموجودة في هذه العقود يد أمانية ولوشرطت في العقود اللازمة، فلو شرط العارية في عقد البيع يصبح لازماً مع كون اليد أمانية في المستعير. و هكذا لوشرط المضاربة في عقد البيع، فانه يصير العقد لازماً ولكن يبقىٰ على أمانيته، سواء كان بنحو الفعل أو النتيجة، حيث تقدم القول فيه وتكون يد المستعير والمضارب أمانية.

ولو كان مشروطاً في عقد لازم -بحيث اذا لم يأت بما شرط عليه يوجب حجزه عن العقد اللازم- فمن هذه الجهة لا تكون أمانية اليد اختيارية. منظور فيه والروايات الواردة في أمانية يد الأمين و قبول قوله كثيرة في موارد مختلفه في كثير من الأخبار، **فمنها مادل على عدم ضمان القصّار الا ما جنت يداه وان اتهمته حلّفته.**

وهكذا الروايات الواردة على أن الأمين يقبل قوله في دعواه وان اتهمته حلفته، فمن هذه التفاصيل بين صورة الا تهام وعدمه وفي الاحتياج الى الحلف و عدمه ليس هو قبول قوله كما يتوهم بلاميزان في غير مورد التهمة حتى في مقام فصل الخصومة، بل المراد أنه مع الجزم بعدم الخيانة لايكون مجال للدعوىٰ عليه، لعدم ملزميتها في حقه من جهة حكم الشارع بعدم ضمانه، فلايسأل عن تصرفاته.

وانما الدعوىٰ تسمع في صورة الا تهام، ففي هذه الصورة كان قوله متبعاً و مشخصاً لانكاره و سبباً لتقديم قوله مع يمينه.

فعمل الأمين وقوله يكون حجة من دون معارض. نعم لوتوجهت اليه الدعوىٰ من جهة الخيانة يسمع قوله مع يمينه.

فان عرفت حجية قول الأمين فلابد من التعرض لما ذهب اليه الماتن، فان المضارب أمين، فاذا تخطىٰ عما عينه المالك له ترتفع أمانته. و سيأتي حكمه عند

....

تعرض الماتن له.

وأما نفس عقد المضاربة فقد قلنا انه بحسب القواعد نصحح اشتراط لزومه، كما تقدم مفصلاً بالنسبة الى العقود الاذنية في العقود الجائزة.

وأما شرط ضمانه لرأس المال أو الربح بعد الظهور وقبل القسمة، ففي هذا المجال نقول:

انما الكلام في الأيادي الأمانية التي لا تكون أمانيتها غير موجبة للضمان اذا أُريد شرط ضمانه، فاؤلاً و بالذات هل يصح هذا الشرط مع كون اليد أمانية أم لا؟

فانه قد نسب الى المشهور بل الأشهر عدم صحته، و ذلك خلافاً للأردبيلي، والأشهر صحته. ومركز المناقشة هوالجمع بين روايات الأمانة و دليل «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

ومنشأ هذا النزاع هوأن مقتضى الاطلاقات عدم اقتضاء أدلة الأمانة بنفسها للضمان، فلا ينافي اثباته ببركة الشرط الخارجي، نظير عدم اقتضاء البيع مثلاً بنفسه للخيار لكن لاينافي اثبات الخيار بالشرط.

أم نقول: ان أدلة الأمانة تقتضي عدم الضمان، لاطلاق دليله حتى بلحاظ الطوارئ يثبت مخالف مقتضاه لمفاد الشرط فيفسد لمخالفته للكتاب حيث قال تبارك وتعالى «ماعلى المحسنين من سبيل».

ويمكن أن يقال: ان مقتضى «على اليد» هو الضمان في جميع الأيادي، ومنها الأيادي الأمانية، ولكن أدلة كون اليد أمانية مانعة عن اقتضاء اليد للضمان، **فتكون أدلة أمانية اليد مخصصة لاقتضاء اليد للضمان المستفاد من «على اليد»، فتكون أدلة أمانية اليد ذات اقتضاء بعدم الضمان، ويكون اشتراط ضمانه مخالفاً لمقتضى الكتاب.**

هذا اذا قلنا بأن دليل الأمانة مخصص لأصل تأثير اليد للضمان و مقتضاه، ولكن يمكن أن يقال: بأن «على اليد» وان كان مقتضياً للضمان في كل الأيادي حتى الأيادي الامانية ولكن اطلاقات ادلة الأيادي الأمانية ليس لها اقتضاء

....

الضمان ولا أنها تكون مقتضية لعدم الضمان، فيكون هناك تقريبان:

الأول: أن تكون أدلة على اليد مقتضية للضمان في الأيادي مطلقاً حتىٰ الأيادي الامانية، ولكن تخرج الأيادي الأمانية عن اطلاق اليد الموجب للضمان، فاذا كان خروج يد الأماني معناه تعنون اليد الموجب للضمان هو اليد الغير أمانية، فيلزم أن تكون الأمانية ذات اقتضاء لعدم الضمان، بمعنىٰ أن الكبرىٰ تحكم بالضمان في جميع الأيادي، و خصصت هذه الكبرىٰ العامة بما اذا لم تكن أمانية، فتكون الكبرىٰ العامة متعنونة بالضمان اذا لم تكن أمانية، فيكون عدم الضمان ذات اقتضاء لعدم الضمان اذا كانت أمانية، فتكون الكبرىٰ بعد أن كان تمام الموضوع بعد التخصيص تصبح جزء الموضوع. و نتيجة ذلك أن شرط ضمانه من قبيل الشرط المخالف لمقتضىٰ السنة ويكون شرطاً باطلاً.

وقد بينا في الأُصول بطلان هذا النحو من التخصيص، لأن الخاص يستحيل أن يوجب انقلاب العام الكبروي عن تمام الموضوع الى جزء الموضوع حين التخصيص، و معنىٰ ذلك أن هناك عنوان عام عبارة عن اثبات الضمان لما طرأت عليه اليد، وهذه الكبرىٰ نافذة الى الأعماق، ثم تطرأ عليها عنوان التخصيص، فالتخصيص الوارد على العموم يكون بمنزلة موت بعض أفراده، فيكون بعد خروجه عن عنوان العام لايوجب تعنون العام بكون العام غير هذا المخصص.

وحينئذٍ تكون اليد الأمانية غير مقتضية لشئ حتى يكون شرط ضمانها خلاف السنة، فيكون كالبيع، حيث لايكون الشرط للخيار خلاف مقتضىٰ السنة، فلا تقتضي الأمانية شيئاً في هذا المجال.

وهذا بخلاف مقتضىٰ الجمع الأول، حيث أن العام لما كان شاملاً للأيادي -حتى الأيادي الامانية- وأريد تخصيصه بالأيادي الأمانية. ونتيجة ذلك -أي التخصيص- هو أن يعنون العام بأن الأيادي موجبة للضمان الا اذا كانت أمانية، فاليد غير الموجبة للضمان واليد المتعنونة بكونها أمانية و جميع الأيادي مضمونة الا

....

اذا تعنونت بكونها أمانية، فتكون الأيادي الأمانية ذات اقتضاء لعدم الضمان، فيكون شرط ضمانها خلاف مقتضىٰ السنة.

ولكن هذا المبنىٰ خلاف ما يقتضيه العقل السليم. بل التخصيص الوارد على العموم عبارة عن خروج بعض الأفراد من دون تأثير على عموم العام. ومن الواضح أن العام كان مقتضياً للضمان في جميع الأيادي -ومنها الأيادي الأمانية- و دليل امانية اليد أوجب خروج مقدار من الأيادي عن هذا العموم، واذا أوجب خروجه عن تحت العموم فمصيره مصير موت بعض الأفراد عن هذا العموم، فتكون الأيادي الأمانية لايقتضي دليلها شيئاً، فيصح شرط ضمانها و لايكون خلاف مقتضىٰ السنة، كمالا يخفىٰ. وكيفية ذلك موكول الىٰ موارده المقتضية له.

والحاصل: أن هناك اطلاق «على اليد» يحكم بالضمان و يشمل جميع الأيادي حتى الأمانية، وهناك اطلاق يحكم بعدم الضمان اذا كانت اليد أمانية، فان قلنا بأن الخاص عند تخصيصه للعام يوجب تعنون العام بعدم الخاص فذلك يوجب أن يكون الاطلاق الدال على الضمان هكذا اليد مقتضية للضمان فيما اذا لم تكن اليد أمانية فان فيه لا تكون مقتضية للضمان. وعليه فتكون اليد الأمانية مقتضية لعدم الضمان و شرط ضمانه يخالف السنة.

وأما على مبنىٰ الحق فان «على اليد» يحكم بالضمان في جميع الأيادي و منها الأيادي الأمانية، وإطلاق اليد الأمانية الحاكمة بعدم الضمان يخرج عن تحت هذا العموم من تعنون للعام، و يصير الأمر على هذا المنوال بأن العموم يقتضي الضمان لكل الأيادي و منها الأمانات.

ومسألة اليد الأمانية المقرونة بهذا العنوان لا تقتضي الضمان، ولكن لايوجب تعنون العموم باقتضاء عدم الضمان، بل يخرج اليد الأمانية عن اقتضاء الضمان، فلا يقتضي الضمان حتى يكون شرط الضمان خلاف السنة.

اذ عرفت ذلك فلامجال للتشبث في المقام بالاجماع القائم ببطلان شرط

....

الضمان في الوديعة، كما ذهب اليه صاحب الجواهر (قدس سره)، اذ من الممكن أن يكون المالك في الوديعة مستنيباً الودعي عن نفسه، وكون يده يد المالك اذا كان العرف يرى يده يد المالك، فلا يتعقل فيه الضمان، فيكون شرطه بهذا الاعتبار شرط لأمر غير مشروع. وهذا بخلاف سائر الأمانات، حيث لم يتعهد فيها مثل هذا الاعتبار المانع عن مشروعية ضمانه، فلامجال لما ذهب اليه (قدس سره).

ومع الشك في المقام فهل الأصل يقتضي أن يكون الشرط مخالفاً للسنة أم لايقتضي ذلك؟

في كيفية تحقق الشرط

فنقول: قد ذهب المشهور الى كون المخالف للسنة يوجب البطلان، ومفاد بعض الروايات هو شرطية الموافقه، فلابد من النظر في الروايات حتى يتبين أن الشرط في صحة الشرط هو كون الشرط موافقاً للسنة أو ان الشرط في صحة الشرط أن لايكون مخالفاً للسنة؟ فان الروايات الواردة في الباب على طوائف ثلاث:

منها ما يستفاد منها اشتراط الموافقة للكتاب.

ومنها ما يستفاد منها مانعية المخالفة للكتاب.

و منها مايكون مجملاً.

فمن الأول ماروي عن طرق العامة من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، فما كان من شرط ليس في كتاب الله عزوجل فهو باطل، قضاء الله أحق و شرطه أوثق والولاء لمن أعتق.

في حكاية بريرة لما اشترتها عائشة و شرط مواليها عليها ولائها، حيث أن قوله «ليست في كتاب الله» ظاهر في اعتبار الموافقة للكتاب.

وما في صحيحة ابن سنان: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عزوجل فلا يجوز له ولايجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم فيما وافق

....

كتاب الله[١].

وهذه الرواية تدل بصدرها على مانعية المخالفة للكتاب و بذلها على شرطية الموافقة، ولكن التأمل فيها يقتضي تقديم الذيل وترجيحه على الصدر، بجعل الفقرة الأُولىٰ توطئة للفقرة الثانية التي هي بمنزلة الكبرىٰ الكلية، حيث أن قوله عليه السلام «المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله» ظاهر في كونه عليه السلام في مقام بيان والقاء قاعدة كلية لصحة الشرط و لزوم الوفاء به، و حينئذٍ تجعل الفقرة الثانية قرينة على التصرف في الفقرة الأولىٰ، بحمل المخالفة فيها على أرادة عدم الموافقة.

أما الاستدلال علىٰ شرطية عدم المخالفة في صحة الشرط، فما عن أمير المؤمنين عليه السلام في الموثق: من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم، الا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً[٢]. و ظهوره في شرطية عدم المخالفة واضح.

وقوله عليه السلام في الصحيح: المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عزوجل فلايجوز[٣].

وفي رواية محمدبن قيس في من تزوج أمرأة واشترطت عليه أن بيدها الجماع والطلاق. قال عليه السلام: خالفت السنة و وُليت حقاً ليست أهلاً له. فقضىٰ أن عليه الصداق و بيده الجماع والطلاق ذلك السنة[٤].

و مثله مافي معناه مرسلة ابن بكير عن ابي عبدالله عليه السلام و مرسلة مروان بن مسلم، الا أن فيها عدم جواز هذا النكاح، لكن الظاهر ارادة عدم جواز هذا النكاح

---

(١) الوسائل باب: ٦ من ابواب الخيارج ١.

(٢) الوسائل باب: ٦ من ابواب الخيارج ٥.

(٣) الوسائل باب: ٦ من ابواب الخيارج ٢.

(٤) وسائل الشيعه: ج: ١٥ ص ٤٠ باب ٢٩ ح: ١.

....

بخصوصه لا ارادة فساد أصل النكاح كمالا يخفىٰ.

وفي رواية ابراهيم بن محرز قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل قال لامرائة: أمرك بيدك. فقال عليه السلام: انّى يكون هذا وقد قال الله تعالى «الرجال قوّامون على النساء»[1].

هذا، ولكن الانصاف عدم ظهور هذه الرواية في المخالفة، من جهة كونها محتملة الوجهين، لاحتمال كون المراد عدم موافقة ذلك مع كتاب الله، فلاظهور على ارادة المخالفة.

ومن تفسير العياشي عن ابن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال: قضىٰ أميرالمؤمنين عليه السلام في امرأة تزوجها رجل و شرطت عليه وعلى أهلها أن تزوج عليها امرأة أو هجرها أو أتىٰ عليها سرية فهي طالق. فقال عليه السلام: شرط الله قبل شرطكم، ان شاء وفىٰ بشرطه وان أمسك امرأته و تزوج عليها و تسرىٰ و هجرها ان أتت بسبب ذلك قال الله تبارك و تعالىٰ «فانكحواما طاب لكم من النساء مثنىٰ و ثلاث و رباع» وقال « احل لكم ما ملكت ايمانكم» وقال «واللائي تخافون نشوزهن»... الى آخر الآية[2].

و هذه الرواية وان لم تكن صريحة في المخالفة الا أنها ظاهرة فيها. فتأمل.

ومن القسم الثالث النبوي الصحيح: من اشترط شرطاً سوىٰ كتاب الله عزوجل فلايجوز ذلك له ولا عليه. فان في قوله «سوى» يحتمل أمر ان: من الموافقة من كونه بمنزلة غير، أو كونه بمنزلة دون، كما كان ذلك محتملاً في رواية ابراهيم بن محرز من قوله عليه السلام «انى هذا وقد قال الله»[3]... الخ.

ثم ان الظاهر أن الشرط في تفسير العياشي المتقدم هو نفس الطلاق وان

---

(١) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٣٣٧ باب ٤١ ح: ٦.

(٢) وسائل الشيعه: ج: ١٥ ص ٣٠ باب ٢٠ ح: ٦.

(٣) وسائل ج ١٥ ص ٣٣٧ ح ٦ باب ٤١.

....

التسري والتزويج والهجر كانت مما علق عليها الشرط، لا أن الشرط هو نفس ترك التسري والتزويج، فيكون هذا الشرط كالنذورات الزجرية مما تعلق الغرض أولاً بترك شئ - كشرب التتن و شرب الشاي مثلاً- ثم لأجل المداومة على هذا الترك صار بسبب تحمل أمر عظيم على نفسه كزيارة بيت الله الحرام حافياً، حيث لا اشكال في أن المنذور هو زيارة البيت الحرام حافياً معلقاً على تقدير حصول شرب التتن والشاي خارجاً، لا أن المنذور هو ترك شرب التتن والشاي.

ففي المقام أيضاً كان المشروط هو نفس الطلاق المشروط بحصول احدىٰ تلك الأمور من التسري والتزويج، فتكون هذه الأمور المذكورة في الرواية مما علق عليه الطلاق، لا أن المشروط هو نفس ترك التسري والتزويج. كمالا يخفىٰ.

والا فلامجال لقوله عليه السلام «شرط الله قبل شرطكم»، لضرورة عدم كون ترك التسري والتزويج مخالفاً للكتاب والايلزم عدم صحة الشرط بحال من الأحوال، فيكشف ذلك من أن الشرط هو ماذكرنا من أنه نفس الطلاق وان تلك الأمور كانت مما علق عليه الطلاق.

ثم ان فساد الطلاق يتصور على وجهين:

الأول: أن يكون قوله «فهي طالق» انشاء الطلاق، غايته معلق على تقدير حصول احدى تلك الأمور من التسري أو التزويج. وعليه فالفساد انما هو من جهة التعليق في الانشاء.

الثاني: أن يكون من قبيل شرط النتيجة، فيريد تحقق الطلاق بنفس هذا الالتزام الشرطي، و فساده يكون من وجهين أيضاً: الأول من جهة التعليق، الثاني من جهة توقف الطلاق على سبب خاص، بمثل «أنتِ طالق»، فلا يمكن تحققه بنفس الشرط لعدم كونه من أسبابه.

و حينئذٍ فيكون قوله عليه السلام «شرط الله قبل شرطكم» اشارة الى عدم كون الشرط في كتاب الله سبباً للطلاق وتوقفه على سبب خاص و صيغة خاصة، وأنه

....

لايصح التعليق في الطلاق، فيكون قوله عليه السلام بعده «ان شاء وفى بشرطه وان شاء أمسك امرأته و تزوج عليها و تسرى و هجرها ان أتت بسبب ذلك» اشارة الى فساد هذا الطلاق وأنه ان شاء طلق امرأته جديداً وان شاء أمسكها و تأتي تلك الأمور، نظير قوله عليه السلام في بيع ما لايملك «ان شاء أخذ و ان شاء ترک»[١] أي ان شاء أخذ بعقد جديد وان شاء ترك .

و اما استدلال الامام عليه السلام بقوله عزوجل «فانكحواما طاب لكم من النساء» فمن جهة الزامه أولاً بترك التزويج والتسري لامن الزامه الشرطي، لما قد عرفت من أن الالتزام انما كان متعلقاً بالطلاق لابهذه الأُمور، كما هو كذلك بالنسبة الى جميع الشرائط والنذورات الزجرية، مثل قوله «ان أفعل كذا فلله علي كذا»، فكان هناك التزامين.

أحدهما التزام منوي غير مبرز بشي وكان متعلقاً بترك هذه الأمور كالتزامه في النذر بترك شرب التتن، والآخر التزامه الشرطي المتعلق بالطلاق كالتزامه في النذر لزيارة بيت الله حافياً، فيكون الامام عليه السلام في مقام ردعه عن ذلك المنوي المتعلق بترك التسري والتزويج. ولعل ذلك واضح.

بقي الكلام في أن المستفاد من هذه الأخبار هل هو شرطية الموافقة، أو أن المستفاد هو مانعية المخالفة، أو أن المستفاد كلا الأمرين -أي شرطية الموافقه ومانعية المخالفة؟

أما الأخير فامكانه مبني على ماهو الصحيح من عدم الترتب بين أجزاء العلة و عدم تقدم بعضها على البعض الاخر، وانه يكون الجمع في عرض واحد وفي رتبة واحدة، اذ بناءً على هذا المسلك لابأس باعتبارها معاً. وهو الحق. واذا كان الجمع في عالم التأثير في عرض واحد - كما هو المحقق- فيستلزم كون الموافقة

(١) ارواء الغليل للألباني ٥: ١٧٢ كمافي موسوعة أطراف الحديث النبوي ٢: ٤٥٩.

....

شرطاً والمخالفة مانعاً.

ولكن الذي يسهل الخطب هو أن المقطوع عدم كون هذه الأخبار الا في مقام اعتبار أمر واحد.

أما شرطية الموافقة للكتاب أو مانعية المخالفة للكتاب، فيدور الأمر فيه بين الأمرين المتقدمين.

فنقول: ان مقتضى صحيحة ابن سنان «المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله» هو اعتبار الموافقة، و مقتضى بقية الأخبار الأخر مثل قوله «كل شرط خالف كتاب الله فهو مردود» هو مانعية المخالفة. وحيث يدل بأن الشرط الصحيح هو مالم يخالف كتاب الله وعليه فتكون النسبة بين هذه الروايات و بين صحيحة ابن سنان من اشتراط الموافقة بالعموم المطلق، من جهة أن عدم المخالفة كان اعم من الموافقة و غيرها.

و حينئذٍ فبناءً على ما ذكرنا سابقاً من عدم تعدد المطلوب من جهة عدم كون المساق في هذه الأخبار الا في مقام اعتبار أمر واحد، فتقع المعارضة بينهما، فلابد من رفع اليد عن العام بحمل العام على الخاص وجعل الشرط هو الموافقة للكتاب.

وأما من جهة رفع اليد عن ظهور قوله «المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله» بجعله كناية عن بيان ماهو اللازم من عدم المخالفة، لمكان عدم انفكاكه خارجاً عن الشرط الغير مخالف، نظراً الى موافقة مالم يخالف مع كتاب الله و مخالفة مالم يوافق مع كتاب الله خارجاً ولو من باب الاتفاق.

ولكن ذلك لاينافي ماذكرناه من احتمال حمل العام على الخاص، و ذلك انما يكون اذا كان الحكم في القضية بلحاظ الأفراد الخارجية، بأن كانت القضية قضية خارجية، اذ لابد من ملاحظة الأفراد الخارجية من التساوي أو العموم المطلق باعطاء كل حكمه.

لا ما اذا كان الحكم بلحاظ الافراد الفرضية وكون القضية قضية حقيقية، أو

....

على ماهو الصحيح من ملاحظة الأفراد في عالم اللحاظ، حيث لابد من ملاحظة العنوانين بحد نفسيهما من النسبة بينهما من أنها هل هي بنحو العموم المطلق أو غيره. ولو فرض التساوي لفرديهما خارجاً من باب الاتفاق، فيدور الأمر بين الاحتمالين المذكورين، من حمل العام على الخاص أو التصرف في الخاص. بجعله كناية عن بيان ماهو اللازم من عدم المخالفة والأخذ بالعام لمكان أنصية اخبار المخالفة و ابائها عن التقييد، مثل قوله عليه السلام «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلايجوز» وقوله عليه السلام «كل شرط خالف كتاب الله فهو مردود».

دون أخبار الموافقة، حيث أن غايتها هو ظهورها في اعتبار الموافقة، فيمكن رفع اليد عنها بواسطة تلك الأخبار الصريحة، ولا أقل كونها أظهر منها.

مضافاً الى ذهاب المشهور الى مانعية المخالفة.

كما يستكشف تمسكهم عندالشك بأصالة عدم المخالفة، لضرورة أن التمسك بهذا الأصل لايمكن الابناءً على مانعية المخالفة. و أصالة عدم الموافقة و أصالة فساد الشرط عندالشك كان محكماً، فلاوجه لحكمهم بالصحة واجراء عدم المخالفة.

مع أنه يمكن أن يقال: بأن الأخبار الدالة على شرطية الموافقة بين النبوي المروي عن ابي عبدالله عليه السلام «من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلايجوز» وبين ماهو المروي عن طرق العامة من قوله صلى الله عليه وآله «فما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» و بين رواية ابن سنان من قوله عليه السلام «المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله». والجميع غير صالح للمعارضة مع الأخبار المخالفة مع كثرتها و صحة سندها و وضوح دلالتها.

أما الأولى فمن جهة عدم ظهور قوله «سوى كتاب الله» في معنىً كي تدل على شرطية الموافقة لو لم يكن ظاهراً في مانعية المخالفة، بأن كان المراد منه هو

....

المعنىٰ الانتزاعي غير الظاهر في مانعية المخالفة، ولا أقل من اجمال الرواية، فلا تكون دليلاً على شرطية الموافقة.

وأما الرواية الثانية فمضافاً الىٰ ضعف سندها لاصراحة فيها بل لاظهور لقوله ليست في الموافقة من جهة كون المراد منها هو المخالفة، فيصير حالها حال الرواية الأُولىٰ من حيث الاجمال.

وأما صحيح ابن سنان فانه وان كان صريحاً في الموافقه الا أنه يعارضه مافي صدر تلك الرواية من قوله عليه السلام «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلايجوز» حيث أن صدرها صريح في مانعية المخالفة.

وحينئذٍ فلو لم تقدم الفقرة الأولى -الصدر- على الثانية لمكان أن الفقرة الثانية كانت بمنزلة الكبرىٰ الكلية المستفاد منها القاعدة المذكورة، فلا أقل من صلاحيتها للقرينة على التصرف في الفقرة الثانية، بجعل الموافقة كناية عن بيان ماهو اللازم من عدم الموافقة. ومعها تخرج عن الصراحة المذكورة في اعتبار الموافقة، فتصير بحكم المجمل، فيبقىٰ حينئذٍ الأخبار الدالة على مانعية المخالفة سليمة عن المعارض.

مع أنه لو أغمض عما ذكرناه فلا محيص من طرحها، لعدم عمل المشهوربها.
مع أنهم بمرأى منه و مسمع، من أن المشهور في مورد الشك أخذوا بأصالة عدم المخالفة، فيكون الشك في مخالفة مضمون العقد للكتاب يجري فيه أصالة عدم المخالفة.

وعليه فاشتراط الضمان في عقد المضاربة من ناحية الأدلة الاجتهادية لا اشكال فيه، ولو فرضنا أنه شك في أن الشرط يخالف السنة أم لايكون الأصل مقتضياً بكونه غير مخالف.

وأما باقي الأدلة الموجودة في المقام فلا ينافي ماذكرناه، لأنه لايكون في مقام بيان بطلان شرط الضمان من المالك على العامل كما لايخفىٰ.

(مسألة ٥)- اذا اشترط المالك على العامل أن لايسافر مطلقاً، أو الى البلد الفلاني، أو الا الى البلد الفلاني، أو لايشتري الجنس الفلاني، أو الا الجنس الفلاني، أو لايبيع من زيد مثلاً، أو الا من زيد، أولا يشتري من شخص، أو الا من شخص معين، أو نحو ذلك من الشروط فلايجوز المخالفة والاضمن المال[١]. لوتلف بعضاً أو كلاً

---

[١] ذكر السيد في هذه المسألة فروعاً:

الأول: مشروعية الاشتراط من المالك على العامل.

الثاني: مصير سفر العامل مع النهي ومصير معاملته مع النهي كذلك.

الثالث: مصير الجنس الذي اشتراه مع النهي و مصير البيع الى شخص معين مع النهي عنه بخصوصه.

الرابع: مصير الضمان لوخالف.

الخامس: مصير الربح لوخالف.

السادس: مصير ضمان الربح لوخالف.

السابع: الفرق بين علم العامل و جهله في هذا الموضوع وفي غيره من المواضيع.

الثامن: الى من يصل الربح على فرض القيدية.

التاسع: خيار تخلف الشرط للمالك على تقدير اختياره للفسخ.

العاشر: وصول الربح للمالك فقط أو يشترك فيه العامل.

الحادي عشر: امكان الاستفادة من العمومات أم لا وماهي العمومات؟

أما البحث عن الفرع الأول منها فنقول: ان الظاهر من الروايات الواردة في المقام هو كون اشتراط هذه الأمور وارداً على مال المالك والمالك له السلطنة على ماله في العقود الاذنية، فيمكن له التصرف بأي نحو أراد، و منها الاشتراط بكيفية التصرف في ماله. مضافاً الى الروايات الواردة في المقام الذي عقد لها باباً خاصاً في الوسائل و نفس هذه الروايات- مضافاً الى دلالتها على صحة أي شرط يشترطه

وضمن الخسارة مع فرضها و مقتضى القاعدة وان كان كون تمام الربح للمالك على فرض القيدية اذا اجاز المعاملة و ثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط التزام في الالتزام وكون تمام الربح له على تقدير الفسخ الا ان الاقوى اشتراكهما في الربح على ماقرر لجملة من الاخبار الدالة على ذلك ولا داعي الى حملها على بعض المحال ولا الى الاقتصار على مواردها لاستفادة العموم من بعضها الاخر.

المالك و نفوذه- يكون هذا النحو من الاشتراط مبيناً، لأن ذلك لاربط له بالعقد، فيصح العقد ولولم يعمل بالشرط، كما سيأتي بيانه.

والحاصل: ان قاعدة السلطنة على المال للمالك تؤيد هذا النحو من الاشتراط، من أن لايشتري من زيد أو لايبيع الامن عمرو صح لقاعدة السلطنة.

الفرع الثاني: لا اشكال في أن الشرط عبارة عن ارتباط بين المشروط والمشروط له، وهذا الارتباط مالم يتحقق لايكون شرطاً. و حيث أن المضاربة تتحقق ثم يتحقق معها الشرط، فالشرط في معنى التقييد أيضاً، لافرق بينهما.

ومن الواضح أن الشرط وان كان متصلاً لايوجب انعدام ظهور العقد عن الاطلاق، فلو قال «ضاربتك على أن لا تشتري من زيد» يكون عقد المضاربة على اطلاقه ويكون الشرط عبارة عن الارتباط بين الشرط والعقد، وهذا الارتباط لامحيص منه.

ولكن الارتباط بين المضاربة المطلقة والشيء الرابط الدال عليه بحروفه، لافرق بين أن يكون قيداً أو التزاماً في التزام.

نعم يمكن أن يكون هذا الارتباط تارة بنحو وحدة المطلوب، و تارة يكون على نحو تعدد المطلوب. فاذا كان بنحو وحدة المطلوب تكون العقود الواقعة بدون الشرط فاسدة محتاجةً الى الاجازة، وان كان الشرط بنحو تعدد المطلوب كان العقد صحيحاً غير محتاج الى اجازة الشارط، ولكن يثبت للشارط خيار تخلف الشرط.

....

و بعبارة أوضح، ان ايقاع النسبة بين المضارِب والمضارَب دل عليها العقد و زيد على ذلك الشرط الذي عقبه المالك، فايقاع النسبة الثانية آت من ناحية الارتباط الشرطي ودل على ذلك الانشاء الشرطي، فتارة لايريد الارتباط العقدي الا توأماً مع الارتباط الشرطي، بحيث تكون ارادة واحدة طارئة على العقد، ومن جهة أهمية الشرط ينشأ منه ارادة مقدمية لتلبية الشرط، فتكون الارادة العقدية ملازمة مع الارادة الطارئة على الشرط. هذا على نحو وحدة المطلوب، و تارة تكون على نحو تعدد المطلوب، وذلك لعدم أهمية الاشتراط عند المالك، فلا تنبعث الارادة المقدمية من العقد نحو الشرط، و انما يكون الشرط له ارادة مقدمية مستقلة و على هذا فمرد ارتباط لايوجب أن يكون التراضي الا مع الخصوصية، بحيث لو ارتفعت الخصوصية لايكون هناك تراض عقدي، اذ هذا الكلام صحيح لوكان التراضي على نحو وحدة المطلوب دون تعدده، ولا فرق هناك بين التقييد والاشتراط. فاذا كان بنحو وحدة المطلوب كان العقد فضولياً محتاجاً الى الاجازة وانه بنحو الاشتراط والالتزام في الالتزام، وان كان بنحو تعدد المطلوب كان غير محتاج الى الاجازة، الا أنه لما كان المالك غير راض فيوجب الخيار تارة و يوجب ضمان رأس المال والربح كمافي المقام تارة أخرىٰ.

وعلى هذا فنقول: ان المشهور قالوا فيما لوشرط المالك أن لايشتري الا من زيد ولا يبيع الامن عمرو، صح لعموم السلطنة، ولكن المشهور كلاماتهم في المقام بطلان المعاملة و صيرورته موقوفاً على الاجازة.

ولكن يبقىٰ هنا اشكال القياس المزبور بصورة أمره بشراء شيُ مخصوص فاشترىٰ غيره، فان المحقق قدس سره مع التزامه بصحة الشرط في المقام التزم بصحة المعاملة والضمان في الثاني، مع أنهما من واد واحد على وجه لايبقىٰ مجال للفرق بينهما بالنص أيضاً لعموم قوله عليه السلام في الصحيحة: عن الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة فيخالف ماشرط. قال عليه السلام: هو ضامن والربح

....

بينهما[١]. وهذا أيضاً مدرك المحقق في التعدي عن فرض النهي عن السفر الى الأمر بشراء شئ.

و بناءً على هذا العموم يشكل الأمر في بطلان المعاملة بالمنع في الزائد عن الأجل، كما اذا قال «لا أملك بعد السنة منعك» كما تقدم مفصلاً بيانه، حيث أن هذا النحو يكون العقد فيه صحيحاً ويكون بعد السنة ولكن ضامن لرأس المال والربح المفروض بينهما على هذا العموم، مع أن المشهور ذهبوا الى البطلان و احتياجه الى الاجازة. فكيف التوفيق بين كلمات المشهور وما صاراليه المحقق قدس سره؟

فنقول: ان كلمات المشهور وما صار اليه المحقق كلاهما صحيحان، وذلك لأن المضاربة بنيت على كون رأس المال من المالك والعمل من العامل والمناط هو حصول الربح، وعلى هذا فلو اشترط أن لا يشتري الجنس الفلاني أو لايبيع الجنس الفلاني فخالف واشترى ذلك الجنس أو باعه، فان ذلك يكشف عن أنه خرج عن التفويض المطلق الذي فرض اليه المالك، فقهراً يكون في المعاملة غير مأذون من قبل المالك وتكون المعاملة فضولية تحتاج الى اذن المالك، و يكون بذلك خارجاً عن كون يده يدالعامل المضارب، ويكون المالك باشتراطه و مخالفة العامل بمنزلة فسخه للمعاملة، ويكون الشرط على نحو وحدة المطلوب، فلا يبقى له سلطنة على المال للشراء مع هذه المخالفة، فيصير العامل فضولياً. و ذلك لأن الشرط عبارة عن عدم الشراء عن شخص أو عدم البيع الى شخص، فان هذه الأمور مما يتحقق بها المضاربة والاسترباح، فقهراً تكون مخالفته مما يوجب رجوعه عن التفويض الى العامل الذي هو مفاد عقد المضاربة، فيكون بمنزلة فسخه. ويكون ذلك بنحو وحدة المطلوب، لأن الشرط كان مما به قوام المضاربة، وكل شرط يرجع

---

(١) وسائل الشيعه ج: ١٣ ص ١٨١ ح ١ باب ١ كتاب المضاربة.

....

الى قوام المعاملة يكون اشتراطه على نحو وحدة المطلوب، اذ أن النهي ورد من السلطان على مايكون الربح واجداً منه، فالنهي ورد على أساس المضاربة التي يصدر منها الربح. وحينئذٍ يكون الشرط الموصوف بهذا الوصف عند عصيانه خارجاً عن التفويض المطلق الذي كان أساساً للمضاربة كما عرفت، ولايكون مأذوناً في التصرف في هذا المال و تصبح تصرفاته فضولية.

وهذا بخلاف مالو أمر بشراء شئ مخصوص فاشترىٰ غيره، أو شرط أن لا يسافر فعصىٰ وسافر من دون أن يكون المنهي المعاملات الواقعة فيه. ففي كل هذه الأمور -وان كان بنحو الاشتراط في العقد- يكون الشرط على نحو تعدد المطلوب، و يكون هناك أمر بعدم المسافرة، أو كان الأمر باشتراء شئ مخصوص فاشترىٰ غيره، فان في هذه الأمور لما كان بنحو الأمر المطلق التعييني لمالم يقتضي النهي عن ضده فلا يقتضي رجوعه عن عقد المضاربة. وعلى هذا فلايكون فسخاً لعقد المضاربة، ولازمه بقاء سلطة العامل بحاله، غاية الأمر لما خالف المالك في أمره يكون خائناً في ماله، فيضمن رأس المال والربح ويكون العقد صحيحاً. ويحمل النص الوارد في السفر والنهي عنه بصورة عدم نهيه عن المعاملة فيه.

وعلى هذا يصح كلام المحقق قدس سره و كلام المشهور أيضاً من دون اختلاف بينهما، حتى فيما اذا كان كلاهما بنحو الشرط في ضمن عقد المضاربة، اذ القيود الواجدة في كلام واحد لايوجب أن يكون التخصيص موجباً لانقلاب العام عن عمومه الى تعنون العام بالتخصيص، ويكون كلام المحقق خلافاً لما ذهب اليه المشهور، حيث أن مدرك المشهور متحد مع مدرك المحقق، والمشهور حكم ببطلان الاذن والمحقق حكم بصحة المعاملة و ضمان العامل.

نعم اذا قلنا بأن الشرط اذا ورد في العقد فاتصال العقد بالشرط يوجب أن يكون الاطلاق مستفاداً من العقد، اذ ذلك يوجب أن يكون في الكلام مايصلح للقرينية، فاذا كان كذلك لايكون الاطلاق مستفاداً من قوله «ضاربت»، و يكون الاطلاق

....

في العقد اذا لم يكن مراداً فلافرق بين أن يكون الشرط هو النهي عن شراء شيً معين أو كان النهي عن السفر أو كان المنهي هو البيع الى شخص خاص أو الاشتراء من شخص خاص أو غير ذلك من الفروض. اذ انه اذا قلنا بأن الشرط وان كان في العقد لايؤثر في اطلاق العقد فالتفصيل كما قلنا.

وان قلنا بأن المخصص اذا كان في العقد يوجب انهدام الاطلاق في العقد، و حينئذٍ يكون كلام المشهور متفاوتاً لما ذهب اليه المحقق. حيث أن على هذا المبنىٰ يكون المشهور قائلين بفضولية العقد و بطلانه، بخلاف ماذهب اليه المحقق حيث حكم بصحة العقد و ضمانه.

وعلى هذا المبنىٰ المنظور يمكن الاستنصار للمحقق، بأن المخصص لوكان غير متصل بالعقد -بأن عقد ثم أمر أن يشتري من زيد أو أن لايسافر أو غير ذلك- فان الأمر التعييني من المالك لما لم يكن منهياً عن ضده فقهراً تكون المعاملة صحيحة، ولكن لتخطئة ماأراده المالك يكون ضامناً. وأما في صورة عدم انفصال الأمر وكونه عبارة عن الشرط في ضمن العقد، فلا اشكال من أن كلام المحقق ينافي ماذهب اليه المشهور لأن اتصال هذا الاشتراط بالعقد، حيث يتصل الكلام بما يصلح للقرينة حينئذٍ فلايبقىٰ اطلاق لعقده حتى يستكشف التسليط المطلق المزبور على فرض الانفصال.

و حينئذٍ فلا محيص من طرح هذه الأخبار أوحملها على صورة انفصال الأوامر والنواهي عنه. وهذا المبنىٰ غير مرضي، حيث أن مخالفة المشهور لمضمونها باطلاقها لايبقىٰ مجال للأخذ بها علىٰ خلاف القاعدة في خصوص المورد فضلاً عن أن تتعدىٰ منها الىٰ نظائرها. وأما على المبنىٰ المختار فقد عرفت أن ذلك لايوجب انثلام المطلق عن اطلاقه في كل هذه النظائر، فيؤخذ بالإطلاق، الا اذا كان هنا التخصيص متصلاً وكان بنحو الاستثناء، وأما في غير ذلك فلايكون الا تصال موجباً لانثلام شيً في المتصل ويكون قراره كالمنفصل سيان.

....

وأما الروايات الواردة في الباب:

فالأولىٰ: ما عن محمدبن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن الرجل يعطىٰ المال مضاربة و ينهىٰ أن يخرج به فخرج. قال: يضمن المال والربح بينهما[1].

فتصح هذه الرواية على أن يكون هذا الاشتراط لايوجب اجمال العام، كما ذكرنا السرفيه مفصلاً، والا فان قلنا بأنه يوجب الاجمال في العام فلابد من أن يقال: بأن المشهور أعرضوا عن هذه الرواية. ولكن المشهور لم يعرضوا بل لايوجبون الاجمال في العام، وهكذا الروايات الواردة بهذا المضمون، وهي كثيرة لمن راجع مضانها.

الرواية الثانية: ماعن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يعمل بالمضاربة. قال: له الربح وليس عليه من الوضيعة شئ الا أن يخالف عن شئ مما أمر صاحب المال[2].

وهكذا الروايات الواردة بهذا المضمون وهي كثيرة، فان التقييد لما كان بنحو الاستثناء كان اجماله سارياً الى العام، و يوجب ان يكون غير ضامن اذا لم يخالف، وأما اذا خالف يكون ضامناً للمال ويكون خارجاً عن التفويض المطلق الذي كان مفاد عقد المضاربة، ويكون العقد فضولياً و يترتب عليه نتائجه من كلام المشهور خلافاً للمحقق.

فيمكن أن يقال: بأن من المسلم حكم المشهور بأنه لوقال المضارب «لا أملك منعك بعد سنة» يكون هذا الاشتراط باطلاً على رأي المشهور، و حكمهم بالبطلان والمنع عن المعاملة في الزائد عن الأجل معناه حكمهم بأن المنع عن المعاملة من المالك يجعل المعاملة فضولية بالنحو الذي حررناه مفصلاً.

---

(١) وسائل الشيعه: ج: ١٣ ص ١٨١ باب ١ ح ١ كتاب المضاربة.

(٢) وسائل الشيعه: ج: ١٣ ص ١٨١ باب ١ ح ٣ كتاب المضاربة.

....

وعلى هذا فان المشهور حكمهم ماض في مورد النهي عن المعاملة، كما هو صريح الروايات. وأما الأمر بعدم السفر أو عدم البيع الى شخص معين و خالف العامل فكما قلنا بأن الأمر بالشئ لا يقتضي النهي عن ضده يكون مخالفاً لامر المالك ويكون خارجاً عن كونه ذويد أمانية، ويكون ضامناً للمال ويكون العقد صحيحاً.

وعليه فان الجمع بين الروايات وكلام المحقق والمشهور يقتضي ذلك، ولازم ذلك بقاء سلطنة العامل في صورة خيانته ولأجل ذلك يكون ضامناً، ولايكون أمر المالك موجباً للفسخ كما تقدم مفصلاً. وفي ذلك يحمل اطلاق النص، كما أن النهي عن السفر أيضاً محمول لصورة عدم النهي عن المعاملة فيه.

وعليه فلاوجه للاشكال على المحقق بمخالفته لرأي المشهور أصلاً، حتىٰ في مورد الأمر بشراء شئ معين، حيث حكم بالصحة والضمان كما ظهر تفكيك هذا الأمر و صورة نهي المالك عن شراء شئ معين، حيث أن ذلك يوجب سقوط اذنه في المعاملة وتكون فضولية، كما هو الظاهر.

وقد ظهر من تضاعيف ماذكرناه في هذا الفرع: أن هناك لا يفرق بين القيدية والشرطية، وان الشرط والقيد لافرق في لزومها في الشرط على أي حال، وانما الفرق هو ان هناك تارة يكون بنحو وحدة المطلوب وأخرىٰ يكون بنحو تعدد المطلوب كما عرفت بفصيله.

و حينئذٍ فلو كان بنحو وحدة المطلوب تكون المعاملات الواقعة كلها فضولية و تحتاج الى اجازة المالك وتكون تصرفات العامل من غير سلطنة، وهل يستحق شيئاً أم لا؟ يأتي تفصيله في مورد ذكر الماتن له.

فعلى فرض تعدد المطلوب فقد عرفت أن العامل خائن ويكون العقد صحيحاً و يضمن رأس المال والربح، وهل يكون للمالك خيار تخلف الشرط أم لا؟ فان الاشتراط في المقام اذا كان بنحو تعدد المطلوب يكون كاشتراط أن لايسافر أو

....

الأمر بشراء شئ أو غير ذلك من الأمور التي تكون على نحو تعدد المطلوب، ولا يبطل الاذن المستفاد من المضاربة، ولكن لأجل عصيانه يكون ضامناً للمال والربح و يثبت فيه خيار تخلف الشرط على المسلك الذي نذكره، فيكون الشرط متعلقاً بفعل من أفعال العامل. ولا اشكال في وجوب الوفاء به تكليفاً للأدلة الواردة في وجوب الوفاء بالشرط، خلافاً للشهيد حيث قال: بأن على المشروط عليه لايجب الوفاء بالشرط وانما عدم العمل بالشرط يوجب أن يكون العقد عرضة للزوال، وقد قلنا في محله ان الشهيد قدس سره قد خلط بين الجهتين.

الثاني بعد الفراغ عن وجوب الوفاء به تكليفاً بالشرط، فما يكون مصير المشروط عليه لو امتنع، فهل يمكن اجبار المشروط عليه؟

و يسأل ثانياً: متى يثبت الخيار للشارط؟

و ثالثاً: ما المدرك لهذه التفاصيل؟

بعد أن كان الشرط عبارة عن جعل علقة لزومية بين المشروط له و بين المشروط عليه بالشرط وتكون هذه العلقة لهاجهات من التاثير:

الأولى: اناطة العقد و تقييده بالشرط و أثره من هذه الجهة ليس الاجعل العقد عرضة للزوال، لأن الكلام في شرط الفعل حيث أن المالك اشترط أن لايشتري من زيد أو أمر أن لايبيع من عمروأوغير ذلك كما تقدم.

وعلى هذا فلما أوقع المالك العقد مبنياً على الشرط وكان العامل المضارب يقبل أيضاً المضاربة المبنية على الشرط، فكان ذلك منشأ لثبوت الخيار، فيكون الخيار من آثار العقد المنوط لا من آثار الشرط كي يفكك بين آثاره، كما ربما يظهر من كلام الشيخ الأعظم قدس سره من التفكيك بين آثار الشرط مع فرض وجود الشرط و تحققه، و ذلك لأن الشرط كلما تحقق فلا محيص من ترتب آثاره عليه.

ولكن من المعلوم أنه ليس من آثار الشرط ثبوت الخيار، حتى يتوهم التفكيك

....

بين آثار الشرط من حيث ثبوت الخيار و وجوب الوفاء فيما اذا اشترط أن لا يشتري من شخص ثم انكشف خلافه لا اشكال في ثبوت الخيار وعدم ترتب وجوب الوفاء.

بل انما الخيار دائماً من آثار العقد المنوط من جهة وقوع البيع أو المضاربة مبنياً على القيد، فيثبت الخيار لأجل انتفاء العقد المقيد و يتخلّف الغرض، و يحكم بصحة عقد المضاربة لأجل بقاء مرتبة المضاربة غير المقيدة بشئ، بناءً على كون التقييد على نحو تعدد المطلوب لاوحدته كي يبطل أصل العقد ويكون فضولياً.

وأما الشرط فمن آثاره وجوب الوفاء وهو تابع لتحققه، فكل مورد يتحقق الشرط فيه يحكم بترتب آثاره عليه، بلا تفكيك أصلاً بين آثاره ولوازمه. و حينئذٍ يكون العقد الذي من آثاره ثبوت الخيار أعم مطلقاً من الشرط الذي من آثاره وجوب الوفاء، فان في كل مورد كان الشرط متحققاً يتحقق العقد المنوط أيضاً، ولا عكس.

و حيث أن الشرط عبارة عن الاناطة -أي جعل علقة لزومية بين المشروط عليه والمشروط له في الشرط- فتكون هذه العلقة اللزومية بين المشروط عليه وذلك الفعل الخارجي كعدم الاشتراط أو عدم المسافرة. و حينئذٍ يتصور على انحاء في مرحلة الثبوت، فلابد من تصويره ثم نرىٰ ما يحكم في مرحلة الا ثبات، فنقول:

يمكن أن يكون مرجعه الى مجرد جعل الزام المشروط عليه على ذلك الفعل من دون نظر الى جهة احداث حق للمشروط له و دون نظر الى جعل المشروط عليه مقهوراً.

و بعبارة أُخرىٰ: يمكن أن يكون المقصود من الاشتراط مجرد ارادة صدور العمل من المشروط عليه من دون نظر الى أن يكون للشارط سلطنة عليه بالنسبة الى ذلك العمل المشروط به، فيكون صرف حكم تكليفي بالنسبة الى المشروط عليه فقط، ولايوجب حكماً وضعياً بالنسبة الى المشروط عليه بالنسبة الى العمل

....

المشروط به. فيكون المشروط به ملزماً بينه و بين الله، من دون أن يوجب حقاً للمشروط عليه في الفعل المشروط به.

و لازم هذا النحو من الالتزام هو أن لايوجب الشرط الا حكماً تكليفياً، فلا يحدث السلطنة و نسبته الى المشروط له ولاحق له عليه أصلاً، من جهة أن دليل الشرط لايقتضي الا وجوب الوفاء بماهو مضمون الشرط. والفرض أن انضمامه لايكون الا بكون الفعل الخارجي ملزماً على المشروط عليه دون غيره، كما أن لازمه عدم سقوطه باسقاطه، ولايكون له اجباره على العمل بالشرط بالخصوص الامن باب الأمر بالمعروف. ولكن لا اختصاص له بذلك، بل لكل أحد حينئذٍ اجباره من باب الأمر بالمعروف مع اجتماع شرائطه.

ولكن يرد على هذا التصور بأن الشرط من الشارط ليس مجرد ارادة كون المشروط عليه ملزماً على العمل، بل ماهو المقصود من الشرط وانشاء العلقة اللزومية هو أن يكون للشارط جهة اختصاص بالنسبة الى الفعل المشروط، وان يكون الفعل في عهدة المشروط عليه في عهدة المشروط له.

و بعبارة أُخرىٰ: بعد أن كان الشرط من سنخ الأمور الانشائية التي يكون قوام حصولها بنفس الانشاء ولو لم يكن دليل في البين على وجوب الوفاء به، فلابد أن يلاحظ ما يكون وغير مجعول من قبل المتعاقدين مع قطع النظر عن دليل امضائه. فلو كان اثر الشرط هو مجرد التكليف على المشروط عليه، فيلزم أن يكون قوامه بنفس الارادة الى ايجاده من المشروط عليه.

مع أنه ليس كذلك، من جهة أن ماهو المقصود في المقام ليس الا ماهو المقصود بالانشاء في سائر أبواب المعاملات كالبيع والنكاح، فما هو المقصود بالانشاء الذي قوامه بالانشاء الا أنه عبارة عن العلقة اللزومية التي تكون من الأمور الاعتبارية الوضعية التي قوامها بالانشاء. فلا ربط له بباب التكاليف حينئذٍ الذي ليس قوامه بالانشاء، بل كان الانشاء اعلاماً بالارادة التي تكون قوام التكليف بها.

....

و حينئذٍ فمرجع جعل العلقة اللزومية بين المشروط عليه و بين الفعل جعل الفعل في عهدة المشروط عليه من قبل الشارط و جعله مقهوراً تحت سلطنته عليه بالنسبة الى ايجاد العمل.

و يمكن أن يكون مرجع الشرط الى جعل المشروط عليه تحت سلطنة الشارط. ومن لوازم هذا الوجه -علاوة على احداث التكليف عليه- ثبوت سلطنة للشارط عليه بعد امضائه شرعاً، فله اجباره على العمل بالشرط، لامن باب الأمر بالمعروف بل من باب أن له السلطنة الخاصة جاءت من قبل الشرط. ولكنه أيضاً لايلزم منه احداث حق له عليه كي يكون نتيجته هو السقوط عند الاسقاط، بل تلك الثابتة بواسطة الشرط، من قبيل سلطنة الانسان على ماله فلا تسقط باسقاطه.

وهذا الوجه يرد أيضاً: بأن المقصود من الاشتراط ليس مجرد ذلك، بل ظاهره مثل سائر الانشاءات في باب العقود والا يقاعات، فكما أنه في سائر العقود ينشأ أمر اعتباري -مثل الملكية في البيع والهبة ومثل الزوجية في النكاح- فيكون أثره السلطنة له عليه، فكذلك في باب الشرط، فكان المقصود بالانشاء العلقة اللزومية جعل حق للمشروط له بالنسبة الى العمل المشروط به على المشروط عليه من قبل الشارط. مثل باب اجارة شخص على عمل خاص، فينتزع من ذلك حق للشارط بالنسبة الى العمل في المشروط عليه، فيكون أثره حينئذٍ سلطنته على اجباره على العمل، كما أن من آثاره ان يسقط باسقاطه، اذ الشرط كمافي الاجارة يتعلق العمل الذي يكون للعامل حق للشارط بالنسبة الى هذا الفعل، بحيث أن المشروط عليه تكون قدرته قاصرة عن اتيان ضد ما اشترط عليه. و ذلك لأنه تعهد بهذا الشرط، و معنى التعهد - كما ذكرناه في محله- آتياً من ايقاع النسبة بين الشارط والمشروط عليه في الشرط. فيكون بين التعهد والملك فرق، حيث أن التعهد يكون عنانه بيد المشروط له ويكون ذا مرتبة ضعيفة من الملكية بحيث يقبل السقوط بالاسقاط وهو عبارة عن الحق ولكن الملكية لا تقبل السقوط.

....

فاتضح أن الشرط يحدث حقاً للشارط على المشروط عليه دون غيره.

وقد ظهر من تمام ماذكرناه مافي كلام الشيخ الأعظم قدس سره من أن للمشروط له اجبار المشروط عليه، بقوله لعموم وجوب الوفاء بالعقد والشرط، فان العمل بالشرط ليس الا كتسليم العوضين، فان المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط فيجبر عليه.

وهذا البيان في قبال القول بأن الشرط لايثبت الا تكليفاً محضاً من قبيل المصادرة، فان له أن يقول: ان الشرط ليس الامجرد انشاء كون المشروط عليه ملزماً على العمل و مجرد احداث التكليف عليه، و دليل الشرط ليس الا امضاء ذلك، وهذا المعنى لايقتضي الا مجرد تكليف عليه. فمن أين يحكم بأن العمل بالشرط ليس الا كتسليم العوضين وان المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه؟

فلابد من أن يثبت تعهد المشروط عليه لهذا الشرط، وهو لايكون الا أن يقال: بأن الشرط من الأمور الانشائية، و مضمونه المتحقق بالانشاء عبارة عن جعل العلقة اللزومية بين المشروط عليه وبين العمل أو الفعل، بمعنى جعل العمل في عهدته. فمن هذا الجعل -أي جعل كون العمل في عهدته من قبل المشروط عليه- يلزم ثبوت حق له عليه، ومن آثاره سلطنة المشروط له على المشروط عليه في العمل، ولازم هذه السلطنة أن له اجباره عليه كماهو الظاهر فاذا كان الشرط تعهد الحق المشروط له على المشروط عليه بالنسبة الى العمل أو الفعل.

ومن آثاره أن له السلطنة على اجباره لو امتنع عن الوفاء به، واذا لم يتمكن فيجبره الحاكم بالرجوع اليه وهو يجبره، واذا لم يتمكن من ذلك أيضاً يصير الشرط من قبيل المتعذر، فيثبت له الخيار بمقتضى اناطة العقد بالشرط. ولقد قلنا بأن من آثار اناطة العقد بالشرط أنه في صورة التخلف له الخيار، بمقتضى أن تخلف الشرط مع كون العقد المنوط به يستلزم ضرراً عليه، وهذا الضرر عبارة عن نقض الغرض لا

....

ضرر مالي لعدم كون الشرط جزءً لأحد العوضين وان كان ايجاب اقترانه لهما موجباً لكثرة الرغبة فيها، والافنفس الشرط لايكون جزءً لالرأس المال ولا للعمل، فيكون الضرر عبارة عن الضرر الاعتباري تارة و أُخرى ضرراً لنقض الغرض.

و بالجملة فمقتضى هذا البيان أنه ليس المشروط له بمجرد الامتناع المشروط عليه يكون مخيراً بين الاجبار والخيار، لأن ما ثبت له أولاً هو حق على عهدة المشروط عليه، فمع قدرته على اجباره -أما بنفسه أو بالرجوع الى الحاكم- ليس له الخيار، اذ لولم يجبره فهو بنفسه قد أقدم على تفويت حقه. فحينئذٍ لوكان العقد لازماً لايكون لزومه منافياً للامتنان عليه حتىٰ يرفع بقاعدة الضرر، لأن الضرر جاء من لزوم العقد، بل جاء من قبل اقدامه بنفسه و عدم اجباره ولو بالرجوع الى الحاكم، فليس له الفسخ الابعد عدم تمكنه من استيفاء حقه ولو بالرجوع الى الحاكم كما عرفت. هذا في العقود اللازمة.

وأما في عقد المضاربة الذي يكون الجواز من أحكامه، فما مصير الشرط عند المخالفة بعد أن كان الجواز من أحكامه، و ثم مصير المشروط له بعد ان كان للمشروط له حقاً في هذا الشرط وكان المشروط عليه متعهداً بهذا الشرط. ولا يكون الشرط جزء احد العوضين حتىٰ يقابل بالارش، لما تقدم آنفاً ذكره.

ولازم كون الشرط مثبتاً للحق للمشروط له على المشروط عليه بالنسبة الى العمل أو الفعل، فلازمه أن لايبقىٰ للمشروط عليه سلطنة على العين بالنسبة الى ضد الفعل كما تقدم المشروط به و نقيضه لكونه مقهوراً عليه في الفعل المشروط به، لأن المفروض أنه ليس له الاسلطنة واحدة بالنسبة الى أحد الاضداد و نقيضين، فاذا قصرت سلطنته بالفعل المشروط به -بمقتضىٰ كونه تحت سلطنة المشروط له- فلا يبقىٰ له سلطنة بالنسبة الى ضده و نقيضه. فحينئذٍ تكون تصرفاته المضادة بالنسبة الى الفعل المشروط به جميعاً من قبيل تصرفات الفضولي الصادرة لاعن سلطنة، فللمشروط له ردها أو اجازتها، فان أجازها معناه رفع اليد عن حقه و

....

سلطته بازالة الموضوع.

فقول الشيخ الأعظم قدس سره من كون المشروط له في انفساخ العقد من حينه أومن أصله أو الرجوع الى القيمة، وجوه رابعها التفصيل. لاموقع له أصلاً، لأنه على فرض أن لايكون له سلطنة بالنسبة الى ضد العمل المشروط به كانت تصرفاته فضولية، و حينئذٍ لامعنىٰ لكون الفسخ من حينه أو من أصله أو غير ذلك.

وحيث أن المختار كون الشرط يثبت الحق والسلطنة، فالتحقيق كون التصرفات المنافية للوفاء بالشرط تكون فضولية، كلها تحتاج الىٰ اجازة جديدة و بدون الاجازة لا أثر لها.

فتصل النوبة الى مصير التصرفات وأنه عند المخالفة أيضاً يكون الربح بينهما أم لا؟ قد سبق أن في مورد الفضولي تكون تصرفاته محتاجة الىٰ الاجازة و بدون الاجازة تبطل التصرفات، وقد سبق منا أن العامل لوخالف أمر المالك في بعض الموارد تصبح تصرفاته فضولية، وعقد المضاربة كذلك.

وفي بعض الموارد عند مخالفة العامل لاوامر المالك لايكون مضراً بصحة العقد ولكن يصبح العامل خائناً، فيضمن رأس المال والربح العائد الى المالك.

أما المورد الأول ففيه مباحث:

المبحث الأول: ماهو مصير عقد المضاربة؟

المبحث الثاني: ماهو مصير تصرفات العامل؟

المبحث الثالث: ماهو مصير أجرة العامل؟

المبحث الرابع: ماهو مصير حصة المالك؟

المبحث الخامس: هل هناك فرق بين علم المالك بفساد المضاربة و عدمه؟

المبحث السادس: هل هناك فرق بين علم العامل حين الفساد و عدمه؟

المبحث السابع: هل هناك فرق بين علم المالك بالفساد و عدمه؟

هذه أمور لابد من الاشارة اليها في المقام، و ربما كانت هناك أمور لم نتعرض

....

لها في الخطوط العريضة، لكن يأتى التعرض لها فى تضاعيف ما سنذكره.

فالأول: ان عقد المضاربة يصبح فضولياً لايصح الا باجازة المالك، و تصرفات العامل تكون غير مجازة.

وعلىٰ هذا يكون العقد باطلاً، فتصبح يد العامل يداً خيانية استولت على المال بتعد و تفريط لعصيانه الا تيان بالشرط. فاذا أجاز المالك هذه المعاملات يكون انتقاله الى المشترين صحيح، واذا لم يجز المالك هذه المعاملات مع الناس يكونون غير مالكين لما اشتروه من العامل، كما هو محرر في الفضولي. و حيث أن العقد كان باطلاً فتصرفات العامل كانت فضولية، و بعد أن كانت فضولية فبالدفع الى المشتري يكون متلفاً للمال، وهذا التلف يوجب ضمانه، ولكن حيث كان التلف بأمر من المالك يكون الضمان مرتفعاً بالأمر، و حينئذٍ لا يضمن العامل في تصرفاته غير المجازة من باب الأمر كمالا يخفىٰ.

تشريع الربح لمصلحة العمال

وأما مصير أجرة العامل، فان كان قبل العمل في المال فلا يستحق شيئاً، لأن المضاربة أصبحت فضولية و باطلة، ولم يكن المال سائغ التصرف للعامل، فلا يستحق شيئاً على القاعدة.

وأما اذا كان قد عمل في المال بقصد التجارة والاسترباح ولم يصل الى ربح في هذه التجارة وقدتبين عدم العمل بالشرط فيمن شرط عليه المالك، وتبين أن العقد باطل و لم يصل الى ربح في هذه التجارة الباطلة، فلا يستحق العامل أيضاً شيئاً من المال أجرة لعمله، لأن ما ذكرناه سابقاً لايكون مدار الربح المسمىٰ تجارة العامل، بل المدار في المضاربة انما هو الربح فقط، وتكون المضاربة قد شرعت لتعويض مصلحة العمال والربح الحاصل لمصلحة العمال. بخلاف الوكالة والاجارة، حيث أن تلك المعاملات شرعت لمصلحة الملاك لا العمال، فلابد وأن

....

يحصل الربح للدفاع عن حق العمال.

وعلى هذا فاذا لم يكن ربح في البين و تبين بطلان المعاملة لايستحق العامل شيئاً، فانّ أجرة المسمىٰ قد انتفت بفساد المعاملة، فلايكون العامل مستحقاً لأجرة المسمىٰ. وأما اجرة المثل فأيضاً منتفية بعد العمل و قبل الاسترباح، لما قلنا بأن العمل انما يكون في قبال الربح على فرض وجوده، والا فكان العمل مجاناً والعامل أقدم على العمل بهذا العنوان، فلاوجه لاستحقاقه الاجرة على المالك عند تبين فساد المعاملة.

ولايقاس المقام بباب الاجارة، اذ هو من الأول أقدم على العمل بعنوان التعويض المطلق لافي فرض دون فرض يستحق أجرة المثل عند تبين بطلان المعاملة بعد العمل، بخلاف المقام كمالا يخفىٰ.

فاذا اتضحت هذه الجهة فلا فرق بين علم العامل بفساد المعامله أو جهله، فان في جميع هذه الأمور علم المالك بالفساد أو جهله لايستحق العامل شيئاً ويكون رأس المال والربح للمالك ولايعود للعامل شيئ من المال أبداً، اذ في صورة جهل المالك بالفساد اقدامه على اعطاء المال يكون من باب الاقدام بالضمان من جهة العقد، فيكون غير مقدم على اعطاء المال مجاناً و يكون بأزاء المعاملة.

وأما العامل فانه وان كان جاهلاً بفساد المعاملة ولكن ذكرنا سابقاً بأن اقدامه على المضاربة يكون اقداماً على التصرف بأزاء الربح، وأما اذا لم يكن هناك ربح فيكون مقدماً على العمل مجاناً.

ولهذا قلنا: ان باب المضاربة يفرق عن باب الاجارة، فيكون مقدماً للعمل مجاناً في صورة العلم، وأما في صورة جهل العامل بفساد المعاملة فاقدامه على العمل كان بتخيل الصحة، و تخيل ذلك يوجب أن يسيطر عليه وجهه عند عدم الاسترباح، فلا يستحق شيئاً. وأما مع الاسترباح و فساد المعاملة فالكل يرجع الى المالك ويكون للعامل أجرة المثل كما سيأتي عند ما يتعرض له الماتن.

(مسألة ٦)- لايجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره الامع اذن المالك عموماً، كأن يقول اعمل به على حسب ماتراه مصلحة ان كان هناك مصلحة، أو خصوصاً. فلوخلط بدون الاذن ضمن التلف الا أن المضاربة باقية والربح بين المالين على النسبة[١]....

---

[١] لبيان المطلب هنا لابد من بيان أربعة امور كالآتي:

١- ماهي المصلحة؟

٢- ماهو الربح؟

٣- لمن تعود المصلحة؟

٤- لمن يعود الربح؟

فنقول: ان من المسلم أن للمالك السلطنة على المال، و هذه السلطنة صارت علة لصحة ايقاع عقد المضاربة، فيكون عقد المضاربة بوقوعه يراعى ماهو المفاد فيما يستلزم المضاربة، فانه بعد أن كان عقد المضاربة مقتضياً لشئ وان كان ناشئاً من ناحية أدلة السلطنة الا أنه العبرة بمقتضى عقد المضاربة لا السلطنة.

ومن الواضح: ان دليل المضاربة الذي يقتضي أن يكون فيه جهة العمل والمال مقتضية لحماية الكادحين والعمال والعمل، فاذا كانت السلطنة مقتضية لذلك فالعبرة به لا باطلاق السلطنة.

وعليه فان هذه الجهة تقتضي أن تكون المصلحة التي تدور المضاربة مدارها هي المصلحة لحماية الأرباح التي تكون من العمل والكدح لا أن يكون المدار سلطنة المالك، لأن المضاربة لم تشرع لحماية الملاك بل شرعت لحماية العمال، فاذا كان كذلك تكون هذه الجهة مقتضية لأن تجعل المصلحة هي هذه المصلحة، فاذا كانت مصلحة الربح مقتضية لأن يختلط رأس ماله بمال نفسه أومال غيره فيحتم عليه التمسك بعقد المضاربة من دون أن يكون محتاجاً الى اذن جديد عموماً أو خصوصاً، لأن المسير مسير هذه المصلحة. وهذا بخلاف سائر العقود التي مسيرها مسير حماية الملاك، فنفس ايقاع هذا العقد يقتضي أن يكون تمسكه بالعقد له اذناً

....

عاماً، لان يعمل مافيه. مصلحة الربح والعمل من دون ملاحظة لجهة المالكين.

وعلى هذا فبنفس عقد المضاربة يكون هذاالتفويض المطلق بهذه المرتبة، فلا الاذن العام يحتاج ولا الاذن الخاص في هذا المورد، وانما يكون المضارب مقتضاه ذلك. فلو خلط بدون الاذن ان كان معناه بلحاظ التفويض المطلق المستفاد من عقد المضاربة فان ذلك معناه الالتزام بالمضاربة فما معنىٰ ضمانه؟

وان أريد من ضمانه أن عقد المضاربة لا يقتضي ما ذكرنا -أي التفويض المطلق- و معنى ذلك الاشتراط وهويوجب أن يكون للتخلف عن الشرط له لوازم و ملزومات وهو خارج عن محل الكلام.

فمع قطع النظر عن الخروج عما تقتضيه المضاربة لايكون كلام الماتن بمقتضىٰ القاعدة، الا أن ننكر السلطنة فقهراً لايوجب التفويض المطلق، فيكون كلام الماتن صحيحاً كما لايخفىٰ.

وقد عرفت مما ذكرناه أن الامانية تقتضي التصرفات الواجدة لمصلحة الربح، ولايمكن منع هذه التصرفات لكونه امانة. وعلى هذا فلا اشكال في كل مايكون دخيلاً في الربح، والعمل يكون اطلاق عقد المضاربة شاملاً له الا أن يكون اشتراط على خلافه، والمفروض عدم وجود مثل هذا الاشتراط كمالا يخفىٰ.

فان المضاربة تتشكل من العمل في مال المضارب والربح الناتج من عمل العامل، فتكون واجدةً لأركان ثلاثة: الأول المال، والثاني العمل من العامل، والثالث الربح. بحيث أن وضع المضاربة يكون متشكلاً من هذه الأركان الثلاثة.

ومن الواضح بالتقريب الذي سبق ذكره تكون مصلحة الربح أساساً لهذه المعاملة لا أن مصلحة التجارة هي الأساس، فان التفويض المطلق الذي كان باعطاء المال الذي هو أحد أركانه و تصريح المالك بالمصلحة، لابد أن تكون المصلحة هي مصلحة الربح الذي يتحقق بالعمل، فيكون هذا معنىٰ كون وضع المضاربة لمصلحة الكادحين والعمال، والا لا يتحقق أصل المضاربة حتىٰ يتكلم

....

في نتائجه كمالا يخفى.

وعلى فرض تصريح المالك بعدم الخلط، فان كان على نحو وحدة المطلوب فقد عرفت حكمه، وان كان على نحو تعدد المطلوب فأيضاً كذلك، فان في النحو الأول تكون المعاملات كلها فضولية، وأما على النحو الثاني فلا يضر بصحة المعاملات وتقع صحيحة والربح بينهما. كما أن على الأول يتبين حكمه مما تقدم مفصلاً، من أن الاطلاق في عقد المضاربة متغاير تماماً عن الاطلاق في باقي العقود الاذنية، فان في عقد الوكالة ينزل الموكل في عقد الوكالة الوكيل بمنزلة نفسه، فالموكل حيث يكون في صدد حفظ رأس ماله كذلك في مقام تنزيل غيره مقام نفسه يكون نفس التنزيل مقتضياً لأن يكون في صدد حفظ رأس المال.

ولكن هذا الاطلاق في المضاربة يكون على عكس مايراد في الوكالة، فان الاطلاق فيه شرع لأن يكون الربح حاصلاً وان كان خلاف مصلحة المالك و رأس المال، فان الاطلاق المراد في المقام هو اطلاق العمل و ايجاد الربح ولو وصل الى ما وصل وان كان منافياً لاذن المالك، فان في الوكالة والوديعة و غير ذلك يكون المنظور فيها مصلحة المال.

وهذا بخلاف المضاربة، حيث أن العامل يكون له التصرف في المال بحيث يجلب النفع للمالك والعامل بخلاف الوديعة والوكالة والعارية، بل في المضاربة يكون المال تحت يد العامل ويكون اطلاقه مقتضياً لتلفه و جلب النفع للمال، فمصلحة الربح تكون في المضاربة. و حيث أن المضاربة لا تكون بهذه المثابة فتكون متحققة بتحقق الربح ولو كان خلاف اذن المالك، لأنه - كما قلنا سابقاً - لوأردنا العمل باطلاق المضاربة في بعض الموارد فيناقض اطلاق أدلة الاذن من المالك.

وعلى هذا ففي كل موارد المضاربة يكون مجوزاً للبيع نسيئة أو الشراء معيباً أو خلط رأس ماله مع مال المالك أو الشراء في الذمة أو غير ذلك مما هو غير متعارف

(مسألة ٧)- مع اطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب مايراه من حيث البائع والمشتري و نوع الجنس المشترى، لكن لايجوز له أن يسافر من دون اذن المالك، الا اذا كان هناك متعارف ينصرف اليه الاطلاق. وان خالف فسافر فعلى مامر في المسألة المتقدمة[١].

في التجارة بمال الغير، مع أنه موجب لجلب النفع. ففي هذه الموارد يكون اذن المالك و اطلاقه منافياً لارادة العقد الصادر بعنوان المضاربة، فالأذن العام الذي هو مفاد عقد المضاربة يكون له اطلاق، و هذا الاطلاق يكون غير الاطلاق المستفاد من أدلة الاذن والسلطنة، فان الاذن من المالك مسلم. الا أن الاذن كيف يكون مصيره، فان كان مصير اذن المالك هو وجوب حفظه عن الآفات فيكون الحق قهراً مع الماتن، وأما اذا كان اذن المالك دخيلاً ولكن دخالته لتحصيل الربح، فعليه يكون الاطلاق مقتضياً لأن يكون المناط ملاحظة ذلك، ويكون الاطلاق هوالجالب للربح.

وفي هذا المجال لايمكن مساعدة صاحب الجواهر قدس سره من المثال في عقد المضاربة الى عقد الوديعة، فان الاطلاق في المقام متعاكس مع عقد الوديعة كما عرفت، لأن عقد الوديعة عقد لمصلحة الملاك وعقد المضاربة شرع لمصلحة الكادحين. وفي هذا المقام يمكن أن يقال: بأن لنا اطلاق عموم فوقي لايجوز التصرف في مال أحد الا باذنه.

والثاني اطلاق عقد المضاربة يصير العامل بهذا المال لجلب الربح، فيكون هذا العموم مخصصاً للعام الفوقي، و حينئذٍ لامجال في المضاربة الا العمل بهذا العموم، ولكن هذا التخصيص لايوجب انثلام العام الفوقي عن عمومه.

و نتيجة ذلك: ان العمل في عقد المضاربة يكون على هذا العموم، ولكن لوفسد عقد المضاربة يكون المرجع هو العموم الفوقاني، بحيث يكون محدد الدائرة للعام لوكان هناك عقد، وأما اذا بطل العقد يكون رضى المالك لازماً كمالا يخفى.

[١] قد تبين مما ذكرنا أن مصير المضاربة مصير العمل والربح، فان اطلاق

(مسألة ٨)- مع اطلاق العقد وعدم الاذن في البيع نسيئة لايجوز له ذلك، الا أن يكون متعارفاً ينصرف اليه الاطلاق ولو خالف في غير مورد الانصراف، فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو، وان اطلع المالك قبل الاستيفاء فان أمضى فهو والا فالبيع باطل وله الرجوع على كل من العامل والمشتري مع عدم وجود المال عنده أو عند مشتر آخر

العقد يقتضي تخلية العامل بين المال والتصرف المقتضي للربح، وقلنا بأن المضاربة على خلاف العقود الاذنية لايكون في مقام حماية الملاك كما في الوكالة والوديعة والعارية، حيث أن تلك العقود في مقام حماية الملاك ولكن المضاربة انما تكون في مقام حماية العمال والعمل، ففيه يلاحظ جهة جلب الربح.

وهذا بخلاف العقود المتقدمة كالوكالة، فانها يلاحظ فيها جهة جلب المالية للمالك لاجلب الربح و مصلحة العامل اذا لم ينه المالك، فان المضاربة على هذا النحو والمصير.

وعلى هذا فان السفران كان منهياً فلا اشكال في كون نهي المالك حاكم على ما تقتضيه القواعد في باب المضاربة، كما تقدم ذكره مفصلاً.

وأما اذالم يصدر نهي من المالك فاذعانه لعقد المضاربة اذعان الى مايكون دخيلاً في وجود الربح، و نتيجة ذلك: أن مع عدم النهي لايحتاج الى اجازة جديدة، فيكون مأذوناً بأذن المضاربة، أي التفويض المطلق المستفاد من عقد المضاربة، فمع عدم النهي لو سافر وراعى المصلحة المقتضية له بل يجب مراعاة المصالح المضاربية عليه، فلو صدر هذا الأمر من المضاربين وكان غير متعارف ولكن صدفة علم بحصول مصلحة الربح في ذلك وأتى به يكون ذلك ممضي من جهة المضاربة وان كان غير متعارف، لأنه تعارف عند حصول الربح، فلايكون فاسداً أصلاً اذا لم يكن منهياً من قبل المالك. وكل مايكون دخيلاً في المضاربة يكون مأذوناً بالتفويض المطلق، الا أن يكون منهياً بنهي خاص، و حينئذٍ يكون

منه، فان رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لايرجع هو على العامل، الا أن يكون مغروراً من قبله و كانت القيمة أزيد من الثمن، فانه حينئذٍ يرجع بتلك الزيادة عليه، وان رجع على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم، الا أن يكون مغروراً منه وكان الثمن أقل، فانه حينئذٍ يرجع بمقدار الثمن [١].

مصيره مصير المسائل المتقدمة.

[١] هنا فروع لابد من التعرض لها:

الفرع الأول: انه لو أوقع المضاربة فان اطلاق العقد هل يقتضي جواز البيع نسيئة أو الاشتراء نسيئة؟

الفرع الثاني: انه لو صرح بعدم البيع نسيئة أو أن المنصرف في العرف عدم البيع نسيئة وباع في كلا الأمرين نسيئة فما هو حكم المضاربة فيه؟

الفرع الثالث: اذا باع نسيئة واستوفى الثمن قبل اطلاع المالك هل ينجيه من البطلان أم لا؟

الفرع الرابع: اذا اطلع المالك هل له الابطال تارة والاجازة ان اراد تارة أخرىٰ أم لا؟

الفرع الخامس: ما الفرق بين اطلاع المالك قبل الاستيفاء أو بعده؟

الفرع السادس: ماهو الغرور و كيفيته في المقام؟

الفرع السابع: ما الفرق بين قلة الثمن و كثرته؟

فنقول في الأول: ان العامل لابد وأن يراعي مصلحة الربح والعمل، فاذا جوزنا هاتين الجهتين أن يبيع نسيئة يجوز له ذلك وان لم يكن متعارفاً، لأن الاذن المطلق في المضاربة يقتضي ذلك كالبيع نقداً، فان من الواضح لابد من مراعاة الجهتين، ولافرق في ذلك بين النقد والفقد.

الثاني: بعد ايقاع عقد المضاربة تكون نتيجة التسليم بهذا الايقاع هو كون المضاربة تفويض مطلق للعامل، و بعد هذا التفويض المطلق لامجال للحكم بأن

....

البيع نسيئة تارة يكون متعارفاً و تارة لايكون متعارفاً،وعلى فرض عدم التعارف يترتب عليه أحكام. اذ من الواضح أنه لابد وأن يناقش في أن عقد المضاربة هل يكون متعارفاً أم لا. فان نوقش في تعارف أصل المضاربة يكون أصل المضاربة باطلاً، وعلى فرض تسليم كون عقد المضاربة متعارفاً لايكون مجال لرأي الماتن في هذا المجال، اذلا مخالفة لماهو المتعارف وان كان بالنظر لما هو المصلحة أعطىٰ نسيئة وان كان عند العرف خلاف ماهو المتعارف ولا يوجب ذلك بطلان المعاملة.

الثالث: لو فرضنا أن المورد يضر معه الانصراف و باع نسيئة في حال كون العرف منصرفاً عن ذلك في هذا العقد يكون هذا العقد محتاجاً الىٰ الاجازة. ولا فرق بين علم المالك وعدم علمه، لأن في النواهي قلنا بأن النهي يوجب الانصراف عن التفويض المطلق، ونتيجة ذلك أن تكون المعاملة فضولية علم المالك أولم يعلم.

وعلى هذا فلو استوفىٰ الثمن قبل اطلاع المالك يكون العقد فضولياً، وان استوفاه بعد اطلاع المالك يكون فضولياً، فلا فرق بينهما. ولكن قد عرفت أنه بعد صحة عقد المضاربة لامجال لهذه المناقشات، وان الرجوع الى العرف يلزم التناقض في حكم العرف.

الرابع: بعد أن خالف العامل نهي المالك يصح له الرجوع عن التفويض المطلق المستفاد من دليل عقد المضاربة. و نتيجة ذلك: أن يكون العقد فضولياً و تكون المعاملات الصادرة من العامل فضولية و فضوليتها محتاجة الى الاجازة.

وعليه فلولم يجز المالك بعد البيع يصح له الرجوع الى العامل، لأن العامل بمخالفته لشرط المالك أصبحت يده غير أمانية.

وعلى هذا فيكون المالك قادراً على الرجوع اليه كما يكون قادراً على الرجوع الىٰ المشتري الواجد للمبيع، لأن الشئ بعد أن كان غير مأذون في التصرف تكون قاعدة اليد موجبة لكون العامل ومن صار المال في يده ضامناً للمال و يصح الرجوع الى كل واحد منهم، و حينئذٍ يكون هنا اشكال من جهات ثلاث:

....

الحكم في تعاقب الايادي

الأول: ان تعاقب الأيادي على مال الغير يكون التخيير للمالك في الزام أيهم شاءَ أو الزام الجميع بدلاً واحداً في صورة التلف. وهذا هو المشهور من ضمان الجميع و اشتغال ذمتهم للمالك بالبدل مع قرار الضمان على من تلف المال في يده و في عهدته، بحيث لو رجع المالك الى غيره رجع هو الى المتلف للمال.

وقد يشكل بأنه كيف يمكن في اشتغال ذمم متعددة لابدال متعددة لشئ واحد وكون المالك مالكاً لجميع تلك الأبدال، مع أنه لا يكون لشئ واحد الا بدل واحد ولايكون المالك مالكاً الا لبدل واحد. وكيف يمكن أن تكون الملكية للمالك للبدل في عهدة العامل مع بقاء العين المغصوبة منه تحت يده في ملكه. وكيف استقرار الضمان على من بيده التلف بنحو يكون لازمه رجوع غير من بيده التلف عليه. فهذه مقامات ثلاث وقلنا لابد من التكلم في كل منها.

وقد قال صاحب الجواهر «قده» في الفرق بين من تلف المال في يده -أي العامل- و غيره: بأن الخطاب الذمي منحصر بخصوص من تلف المال بيده -أي العامل- وأما غيره فلايكون الخطاب بالأداء بالنسبة اليه الا خطاباً شرعياً.

و أشكل عليه: بأنه لادليل لهذا التقريب بعد تساوي الكل في المسؤلية لقاعدة اليد، وحينئذٍ فان كان المستفاد منها هو الحكم الوضعي كماهو الحق كان ذلك بالنسبة للجميع من جهة اليد و صدقه بالسوية على كل واحد من الأيادي، ولازمه ضمان الجميع للمال. وان كان المستفاد منها الحكم التكليفي كان ذلك بالنسبة الىٰ الجميع. وعلى أي تقدير لامجال للفرق بين الأيادي وكان المستفاد منها ليس الا أحد الأمرين لا اثبات كل من الحكم الوضعي والتكليفي.

فالحري أن يقال: أما عن الاشكال الأول من اشتغال ذمم متعددة بمال واحد و ملكية المالك للجميع اذا وقع المال في أيادي متعددة: بأنه انما يتم اذا كان هذا

....

الاعتبار-أي اعتبار عهدة كل منهما للبدل على نحو التعيين- بنحو يكون كل واحد من تلك الأ بدال ملكاً للمالك بنحو التعيين دون ما اذا كان اعتبار البدل في العهدة بملاحظة صلاحيته للبدل، بمعنىٰ صلاحية انطباق كل واحد منها على الجامع الذي كان ملكاً للمالك، كما في بيع الصاع من الصبرة من صلاحية كل واحد من الأصوع لمصداقية ذلك المبيع الكلي، بناءً على أن يكون مرجع بيع الصاع من صبرة الى بيع صاع كلي قابل للانطباق على كل من الأصوع.

و توضيح ذلك يتوقف على بيان كون الشيء على اليد بمجرد الأخذ الخارجي واثبات يده عليه، فنقول:

ان معنىٰ كون الشيء على اليد ليس الاعبارة عن اعتبار كون ذلك الوجود المأخوذ في عهدته و رقبته، حيث أن العقلاء يعتبرون بمجرد كونه تحت اليد نحو وجود له على رقبة الانسان بنحو يعبر عنه بأن وجود الشيء كان على رقبته وعهدته أو على يده بملاحظة كونها آلة للاخذ الخارجي. و حينئذٍ فبالأخذ يتحقق عنوانان: أحدهما عنوان كون وجوده تحت اليد، والثاني اعتبار نحو وجود على اليد وعلى رقبته.

و ربما كان من آثار الوجود تحت اليد هو سلطنة المالك عليه اللازم لحرمة التصرف فيه من قبله و انقلابه للأخذ بواسطة عدم سلطنة الأخذ عليه الرافع لهذه الحرمة بمجرد رفع اليد عن المال و تخلية يده عنه، من جهة أن ما تقتضيه سلطنة المالك على ماله هو عدم سلطنة الآخر لا ثبات يده عليه، فترتفع حينئذٍ بمجرد التخلية بلا لزوم الأداء الى المالك. كما أنه بهذه الجهة أيضاً نقول بعدم وجوب القبض والتسليم في البيع و غيره مثل المضاربة و كفاية تخلية اليد عنه من قبل المالك.

وهذا بخلاف الوجود الذي اعتبر على اليد، حيث لابد فيها من الأداء الخارجي بمقتضىٰ كونه مغيى بالأداء من عدم سقوطه الا بذلك، كماهو مفهوم الغاية من قوله

....

«حتى تؤدي».

نعم مادام وجود ذات العين تحت يد المالك فلا تكون له السلطنة الا عليه دون الموجود في العهدة، من جهة أن الأخذ بعد ما كان علة لاعتبار هذا الوجود في العهدة يكون هذا لامحالة في عرض سلطنة المالك على ما تحت اليد من الوجود.

وهما معولان للأخذ، و معلوم من أنه لايمكن السلطنة عليه الا في ظرف تلف العين أوخلو يده عنها. ولا يخفىٰ أن ما ذكرناه من اعتبار الوجود في العهدة ليس على نحو المباينة مع الوجود الخارجي المأخوذ، بحيث يكون هناك شيئان متباينان يكون المالك مالكاً لكل منهما، بل هذا الاعتبار ليس الامجرد اعتبار و مجرد توسعة في وجود المأخوذ، نظير التوسعة في الخط القصير بجعله خطاً طويلاً بامتداده و جعله ذا شعب متعددة.

و حينئذٍ نقول: ان الاشكال المذكور انما يتم اذا كان اعتبار هذه الوجودات في العهدة وعلى الرقبة بملاحظة الملكية الفعلية، بمعنىٰ انحصار المصحح لاعتبار المذكور في ذلك، فيتعين بأنه كيف يمكن اشتغال ذمم متعددة بأبدال متعددة لمال واحد وكون المالك مالكاً لكل واحد من تلك الأبدال على نحو التعيين مع أنه لايكون لشئ واحد الابدل واحد ولايكون المالك مالكاً الالبدل واحد، فلايكون له أخذ البدل من كل واحد من الغاصبين.

ومن المعلوم أنه لم يقل بذلك أحد، بل انما المقصود من هذا الاعتبار صلاحية كل واحد منها، لكونه مصداقاً للجامع الذي كان ذلك ملكاً للمالك، فالمالك انما يكون مالكاً للجامع بين الأبدال بملاحظة استحقاقه لجبران ما أخذ منه من ماله، فيصلح كل واحد منها لأن يكون مصداقاً لذلك الجامع ويكون جبراناً للمأخوذ.

و معلوم أنه يكفي في صحة اعتبار البدل في العهدة مجرد الصلاحية المذكورة بلا احتياج الى التطبيق الفعلي، من جهة أن الاعتبار أمر خفيف المؤنة يكفي في صحة اعتباره مجرد الصلاحية المذكورة للانطباق بلاحاجة الى الانطباق الفعلي.

....

و حينئذٍ لوكان المال في يد شخص فتلف يتعين عليه البدل وكان المالك مالكاً لمافي عهدته بنحو التعيين لكونه من انحصار الكلي في الفرد، فيجب عليه اداؤه بما هو أقرب الى الوجود، ان كان مثلياً فمثلي لأقربيته اليه وان كان قيمياً فقيمي و هكذا الأقرب فالأقرب.

وان كان المال قد وقع في أيادي متعددة كان الأمر كما ذكرنا من اشتغال ذمم كل واحد منهم على البدل بالبدل، لكنه لابنحو التعيين، من جهة عدم كون المالك مالكاً الا للجامع الذي يصلح لأن ينطبق على كل واحد منها، فله أن يرجع الى أيهم شاء و أخذ البدل منه، وله أن يرجع الى الجميع بأن يأخذمن كل واحد ثلثاً أوربعاً حتى يستوفي المال من الجميع.

ولا يخفىٰ أنه على هذا البيان لايرد عليه الاشكال المذكور، من جهة أن تلك الأبدال ما كانت فعلية للمالك في نتيجة الاشكال.

وأما الأشكال الثاني: من لزوم كون المالك مالكاً لكل من البدل والمبدل مع عدم تلف العين، فمع البدلية في المقام بالمعنى المصطلح لأن بدلية شيْ عن شيْ تارة يكون بمعنىٰ اعتبار قيام أحد الشيئين مقام الآخر مع كونهما وجودين ممتازين احدهما عن الآخر، كما يكون ذلك في البيع من اعتبار قيام أحد الشيئين كالثمن مقام الآخر الذي هوالمثمن، كما عرفوه: بأنه مبادلة مال بمال. و معلوم أن لازم هذا النحو من البدلية تلون كل منهما لأجل هذا الاعتبار بلون الآخر، بمعنىٰ انخلاع كون الملكية عن الثمن و ثبوتها للمثمن بواسطة قيام الثمن مقامه و بالعكس.

وأُخرىٰ بمعنىٰ اعتبار وجود للمأخوذ الذي تحت اليد على رقبة الآخذ وفي عهدته، لابنحو يكون هناك وجودان يمتاز كل واحد عن الآخر، بأن يكون هناك موجودان، بل بمعنىٰ التوسعة في المأخوذ في مقام الوجود مع كونه شيئاً واحداً بلا تكثير في ناحيته. كماقد يتصور نظير ذلك في الموضوعات في مقام الاستصحاب، حيث أن الاستصحاب الحياتي في مقام ترتب الأثر عليه ليس بمعنىٰ اثبات الحياة

....

في ظرف الشك في مقابل الحياة الواقعية، بل هوتنزيل واعتبار، بمعنىٰ اعتبار الحياة الواقعية في ظرف الشك في ترتب آثاره عليه.

ففي المقام أيضاً كذلك، من جهة أن معنىٰ الاعتبار ألا يكون الا التوسعة لذلك الشئ المأخوذ بحسب الوجود، فيعتبرون له وجوداً على اليد بلا اثنينية بين الوجودين بحيث يباين كل مع الآخر. كما في التوسعة في الخط القصير بجعله خطاً طويلاً بامتداده و جعله ذا شعب متعددة. وهكذا في المقام، حيث يعتبرون له وجوداً في العهدة و يتكثر على حسب تعدد الأيادي.

و حينئذٍ نقول: ان الاشكال من امتناع الجمع بين البدل والمبدل انما يتوجه على النحو الأول من جهة مضادة ملكية كل منهما مع الاعتبار المزبور من قيام كل مقام الآخر كل بلون صاحبه، لا البدلية بالمعنىٰ الثاني من كون المالك مالكاً للمأخوذ مع كون ما على اليد والأيادي من مراتب وجوده، حيث لا تعدد في البين أصلاً حتى يفرض قيام أحدهما مقام الآخر.

و حينئذٍ فاذا رجع المالك الى واحد منهم فلابد له من أداء مافي عهدته بما هو أقرب اليه وجوداً، فان كانت العين موجودة و تمكن من تسليهما كان الأقرب هو نفس العين، فلابد من أدائها. ومع تعذر تسليمه كان الأقرب هو المثل ان كان مثلياً والقيمة ان كان قيمياً، لكونه أقرب مرتبة من الوجود للعين المأخوذة، فيجب أداؤها، فلودفع البدل حينئذٍ مالكاً للبدل لكونه مرتبة من وجوده ومالكاً أيضاً لخصوصية العين بحيث يحرم للغير التصرف فيها بدون اذنه، ولكن لا العين بمالها من المالية بل العين الخالية عن المالية بالنسبة اليه، بحيث لا يصح له بيعها ولا سائر التقلبات التي تتوقف على مالية العين. فتترتب عليه آثار كل منهما، بعين مايقال في بدل الحيلولة مع كون المالك مالكاً لكل من البدل المدفوع والعين.

ومن المعلوم عدم كون المراد من البدل البدلية بالمعنىٰ الأول، بل المراد كونه مرتبة من وجوده، بحيث يتصور له مراتب من الوجود و يكون البدل مرتبة منه، فيكون

....

أداؤه أداءً لمالية العين اليه قبل خصوصية العين في فرض بقائه على ملكيته عارية عن المالية بنحو يفكك بين لوازمها، فما هو من لوازم الملك مترتب عليه من حرمة التصرف فيه بغير اذنه. و يترتب عليه ايضاً آثار عدم المالية من عدم صحة بيعه مثلاً.

و حينئذٍ فلاربط بمسألة البدلية من قيام أحد الوجودين مقام الوجود الآخر، بل الثابت في الذمة هو عين المأخوذ تحت اليد، وهو الذي يكون مغياه بالأداء بمقتضىٰ قوله «حتىٰ تؤدي» ، غايته انه في صورة بقاء العين و تمكنه من ردها يجب عليه رد نفس العين لكونها أقرب من غيرها، و مع تلفها أو تعذر ردالعين فبمثلها ان كانت مثلية أو قيمتها ان كانت قيمية، لكون ذلك من مراتب وجودها، فبعد تعذر كل مرتبة تتعين مرتبة أُخرىٰ ميسورة. على ما ذكرناه بنحو قاعدة الميسور في الأحكام بلاقيام مرتبة مقام مرتبة أُخرىٰ بنحو البدلية.

نعم يمكن تصور البدلية في المقام أيضاً، ولكن لابنحو الطولية ولا البدلية العرضية كمافي البيع وغيره، وحاصلها: هو قيام المدفوع مقام العين في الملكية والسلطنة مع فرض تلف المال حقيقة أو حكماً، من جهة أنه بعد ذهاب العين عن ذلك المال لابد من قيامه مقامه، فيكون ملكاً للمالك. وأما مع بقاء العين و تعذره فلايقوم مقامه في الملكية، من جهة عدم خروجه عن ملكه بمجرد ذلك، غايته انقطاع سلطنته عنه، ولازمه قيامه مقامه في السلطنة عليه من الأكل والتصرف فيه حتىٰ البيع والعتق و غير ذلك، غايته انه في التصرفات المتوقعة على الملك لابد من استكشاف الملكية آناً ما.

وأما من الأول كمافي المعاطاة ولكنه من جهة تصحيح هذه التصرفات، فيكون المالك في هذه الصورة للعين بلا لزوم الجمع بين البدل و المبدل، لأن الذي كان ملكاً للمالك هو نفس العين، وأما المدفوع فلا يصير ملكاً له في صورة بقاء العين، بل غايته اباحة التصرفات حتىٰ المتوقفة على الملك من جهة قيامه مقامها في السلطنة، غايته احتياجه الى الملكية بالنسبة الى بعض المقامات تصحيحاً لها.

....

ثم ان ماذكرناه يظهر من كلام الشيخ الأعظم الانصاري قدس سره في سلسلة كلامه، ولابد من مراجعة كلامه حتى يتبين استفادته بنحو ما استفدناه من كلامه من قوله قدس سره «الذي يتبين ان يقال» إلى آخره. ولا داعي الى نقل كلامه بطوله.

ولا يخفىٰ أن مقتضىٰ ماذكره عدم قيامه في السلطنة الا بمقدار فوات السلطنة بالنسبة الى العين من جهة عدم اقتضائه أزيد من ذلك، ولازمه حينئذٍ عدم قيامه في مثل العتق، من جهة عدم توقفه على السلطنة الفعلية، فله عتقه حينئذٍ ولو مع فرض عدم تمكنه من استرداده بأخذه من الغاصب، بناءً على كفاية هذا المقدار في صحة البيع و عدم احتياجه الى قدرة البائع على التسليم. فلابد حينئذٍ من عدم صحة مثل هٰذا، مع أن الظاهر عدم الإشكال في صحته، فيكون ذلك كاشفاً عن فساد هذا المبنىٰ.

فيتعين حينئذٍ ما ذكرناه أولاً من ان الثابت في الذمة هو العين المأخوذة بعين الاعتبار نحو وجود له في العهدة، بحيث لايحصل الفراغ الا بأدائه، غايته أنه مع بقاء العين لابد من ردها لكونها أقرب و مع تلفها أو تعذر أدائها مرتبة أُخرىٰ منها على نحو قاعدة الميسور، من دون أن يكون في البين بدلية أصلاً.

وعليه فلانحتاج الى استكشاف الملكية من حينه آناً ما تصحيحاً لبعض التصرفات، بل يكون المدفوع من أول الأمر ملكاً و تكون له السلطنة على أخذه، من دون أن يكون ذلك منافياً مع ملكية العين من حيث حرمة التصرف فيها بدون أذنه، كما أشرنا اليه غير مرة.

وأما وجه رجوع السابق الى من بيده التلف لورجع المالك اليه مع نسبة الكل على حد سواء، فيظهر أيضاً مما ذكرناه من سعة الوجود واعتبار مرتبة من وجود العين على الرقبة، فان اليد الأولىٰ بمجرد الأخذ للعين من مالكها و صيرورتها تحت اليد يوجب كون وجودها على الرقبة وعلى اليد، بمعنىٰ أن العقلاء يعتبرون لذلك الوجود

....

الذي كان تحت اليد مرتبة أُخرىٰ من الوجود على اليد و الرقبة. فمن هذه الجهة تتسع دائرة الوجود لتلك العين الخارجية المقبوضة تحت اليد، و يكون منشأ هذا الاعتبار هو الاستيلاء و اثبات اليد على الوجود الخارجي.

و حينئذٍ فاذا صارت هذه العين الخارجية التي هي منشأ هذاالاعتبار في يد غاصبة أُخرىٰ، فقد صارت العين تحت يده بما تبعتها، بمعنىٰ دخول العين تحت يده يكون موجباً لوجودها السعي، لأن اثبات اليد على المنشأ يكون اثباتاً لليد على ماهو من مراتبه. فيكون ضامناً للمالك بملاحظة اثبات يده على ماله، و يكون ضامناً أيضاً لليد الأُولىٰ بملاحظة اثبات يده على مافي يده من الخصوصية، و هكذا الكلام بالنسبة الى سائر الأيادي و عليه، فتتسع مرتبة ذلك الوجود حسب توارد الايادي عليه.

و نظيره في المقام الماء الوارد في الأكواز الثلاثة من حيث نضح و ترشح الماء من الأصغرالى الاكبر و منه الى الاكبر منه، حيث نفرض أن كون الأصغر داخلاً في الاكبر منه و هو داخل في الأكبر منه، من دون خلو الأول عن الماء حتى يكون لازمه فراغ عهدة الأول، ومن دون أن يكون ماءالأول جميعه في الثاني حتى يلزم منه انتقال الذمة الى الثاني، فلا يكون من ضم ذمة الى ذمة بل تكون الذمم كل واحدة شاملة للاعتبار مستقلاً.

و حينئذٍ نقول: ان المالك ان رجع الى من بيده التلف وأخذه المتاع أو قيمته ان كان قيمياً لايرجع هذا الى اليد السابقة من جهة انتفاء اليد بالنسبة اليه، حيث لايكون في البين يد أخرىٰ قد أخذ المال منه، كي تصير العين بمالها من سعة الوجود في عهدته، فلا مقتضىٰ للرجوع الى اليد السابقة، وان رجع الى السابقة مع كونه غير من بيده التلف فيرجع هو الى اليد اللاحقة و يستقر الضمان عليه، من جهة أن المالك انما يملك الجامع بين تلك الوجودات السيالة في تلك الذمم بملاحظة استحقاقه للجبران و صلاحية كل واحد من تلك الخصوصيات.

....

وأما الخصوصيات أي خصوصية المراتب - فكان تحت سلطتهم، غاية الأمر يجب عليهم من باب المقدمية تعين ذلك الجامع في ضمن خصوصية معينة. نظير الصاع من الصبرة من حيث بقاء الخصوصية في ملك المالك واختيار التعيين بيده، بحيث لوعين الصاع في معين خاص لايكون للمشتري الرد واختيار خصوصية أخرىٰ. فيكون في المقام كذلك، فله الرجوع وأخذ المثل أو القيمة من الغاصب الأول لكان هو يرجع الى الثاني بملاحظة ماورد من الخسران يدفع الخصوصية و يأخذ المثل أو القيمة من الثاني بملاحظة اشتغال ذمته بالعين بمالها من وجود السعي و صيرورته بماورد عليه من الخسران الوارد على المالك بملاحظة ورود التلف عليه في يده. نعم ليس له الرجوع الى من بيده التلف قبل رجوع المالك اليه، من جهة عدم ورود الخسارة عليه قبل رجوع المالك اليه وعدم خلو رقبته بفعل الانطباق الجامع على الخصوصية، وحينئذٍ فيرتفع الاشكال الثالث أيضاً من استقرار الضمان على من بيده التلف.

ثم لابأس للتعرض هنا الى كلام الشيخ الأعظم قدس سره لكي ينقح العرف بين ما ذكرناه وماذكره قدس سره في مقام دفع الاشكال، فقد قال قدس سره بعد ايراد الاشكال في الفضولي: بأن كلاً من البائع والمشتري يتساويان في حصول العين في يدهما العادية التي هي سبب للضمان وحصول التلف في يد المشتري لا دليل على كونه سبباً لرجوع البائع عليه.

قلت: توضيح ذلك يحتاج الى الكشف عن كيفية اشتغال كل من اليدين ببدل التالف و صيرورته في عهدة كل منهما، مع أن الشئ الواحد لايعقل استقراره الا في ذمة واحدة وان الموصول في قوله «على اليد ما اخذت حتىٰ تؤدي» شئ واحد، كيف يكون على كل واحدة من الأيادي المتعددة؟

فنقول: معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدتها و دركها بعد التلف عليه، فاذا فرضت أيدي متعددة تكون العين المأخوذة الواحدة في عهدة كل منها

....

-أي الأيادي- لكن ثبوت الشئ الواحد في عهدات متعددة معناه لزوم خروج كل منها عن العهدة، و حيث أن الواجب هوتدارك التالف فيحصل ببدل واحد لا أزيد كان معناه تسلط المالك على مطالبة كل منهم الخروج عن العهدة عند تلفه، فهو يملك مافي ذمة كل منهم على البدل. بمعنىٰ أنه اذا استوفىٰ أحدهم سقط الباقي، للخروج عن كونه تداركاً، لأن التدارك لايتدارك .

والوجه في سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي: أن مطالبة مالم يصل اليه البدل أو المبدل فأيهما حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله، فلو بقي شئ له في ذمة واحد منهم لم يكن بعنوان البدلية، والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

أقول: ما أفاده قدس سره من سقوط حق المالك بمجرد الدفع واحد منهم البدل، في غاية المتانة من جهة أنه يملك الجامع بين تلك الأبدال، فاذا فرض استيفاء الجامع في ضمن خصوصية سقط الباقي قهراً من جهة عدم بقاء الجامع. نظير الامتثال باتيان الطبيعة المأمور بها في ضمن خصوصية فردية من سقوط التكليف بعد.

ولا كلام من هذه الجهة، وانما الكلام في ذكره أولاً بأن معنىٰ كون العين المأخوذة على اليد كون عهدتها و دركها عليه بعد التلف، حيث أن ظاهره توقف تحقق الضمان على صورة التلف للعين بحيث لاضمان قبل التلف، فيكون بين الضمانين هوالقضية التعليقية، بمعنىٰ أنه لوتلف لكان في عهدته بحيث لاضمان قبل التلف أصلاً.

مع انك قد عرفت أنه خلاف ظاهر قوله «على اليد»، فأن المستفاد منه كونه على اليد بمجرد الأخذ ولو مع عدم تلفه، وان ماهو على اليد هو نفس الموصول دون البدل كما عرفت تفصيله.

ثم نقول: إن مقتضىٰ كلامه قدس سره هنا تساوي الأيادي في الضمان بلا تقدم لأحدها على الأخرىٰ، من جهة أنه بمجرد التلف يستقر الضمان على الجميع

....

في رتبة واحدة.

وهذا ينافي مع قوله بعد أسطر في ثبوت الضمان لغير من بيده التلف اذا رجع المالك الى غير من بيده التلف وأخذ البدل منه، حيث قال: ان الوجه في رجوعه هو أن السابق اشتغلت ذمته بالبدل قبل اللاحق، فاذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدل فهذا الضمان يرجع الى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل، اذ لايعقل ضمان اليد للمبدل معيناً من دون البدل والا خرج بدله عن كونه بدلاً، فما يدفعه الثاني فانما هوتدارك لما استقر تداركه في ذمة الأول، بخلاف ما يدفعه الأول فانه تدارك نفس العين معينة، اذ لم يحدث له تدارك آخر بعد، فان أداه الى المالك سقط تدارك الأول له. ولا يجوز دفعه اليه قبل دفع الأول الى المالك، لأنه من باب الغرامة والتدارك ، فلا اشتغال للذمة قبل حصول التدارك .

وليس هو من قبيل العوض لما في ذمة الأول، فحال الأول مع الثاني كحال الضمان مع المضمون عنه في أنه لايستحق الدفع اليه بعد الأداء.

والحاصل: ان من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البدل من المالك ومن سبقه في اليد تشتغل ذمته اما بتدارك العين واما بتدارك ما تداركهما. و هذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البدل كما كان في الأيادي المتعاقبة اشتغال ذمة اشخاص على البدل بشيْ واحد لشخص واحد. انتهىٰ كلامه رفع مقامه.

ولكنك خبير بأنه لاوجه لرجوع السابق الى من بيده التلف بعد فرض تساوي الجميع في الضمان، كماهومقتضىٰ كلامه الأول. ومع فرض الترتب قد عرفت أنه لاوجه لاعتبار البدلية، لأن مقتضىٰ قوله عليه السلام «على اليد ما أخذت» نفس الموصول على يده، لا أن بدله على يده في فرض تلف العين بكلا معنييه على ما تقدم بيانه.

....

ومع الغض عن ذلك أيضاً لاوجه لضمان اللاحق أو البدل على سبيل البدل، فان غاية ذلك ضمان ما كان له بدل، و ذلك لا يقتضي ضمان بدله أيضاً.

نعم لو أريد ما ذكرناه من سعة الوجود لكان مقتضىٰ اثبات اليد على العين اثبات اليد عليها بجميع مراتب وجوده، حتىٰ وجودها الاعتباري الذي كان على اليد السابقة، من جهة كون الجميع من مراتب وجود العين، فكانت اليد عليها من جهة كونها يداً على المنشأ يدعلى جميع تلك المراتب. فبهذه الملاحظة يكون اللاحق باثبات يده علىٰ العين ضامناً للمالك والسابق، فيكون للسابق حينئذٍ الرجوع الى اللاحق لورجع اليه المالك بأخذ الجامع منه على مامر شرحه مفصلاً.

ثم ان هذا كله فيما اذا كان الجمع بين المالين بالغصب مع فرض التلف في يد اللاحق بآفة سماوية، أما لوكان تلف العين باتلاف من يد السابق أو كان الا تلاف بآفة سماوية أوبغيره مع كون من بيده التلف مغروراً- كما اذاكان جاهلاً- لايصدق عليه الاقدام بالغصبية. فالظاهر عدم الاشكال في عدم رجوع السابق اليه لو رجع المالك الى السابق، بل لو رجع المالك الى من بيده التلف كان له الرجوع الى السابق المتلف أو الغار، من جهة أن باتلافه أوجب خسراناً في مال اللاحق، بحيث ورد نقص باتلافه في ماله و حينئذٍ الرجوع الى المتلف. وهكذا في صورة الغرر فيرجع المغرور اليه لورجع المالك اليه ولايرجع الغار اليه في صورة العكس.

اذا عرفت هذه الأمور نعود الى ما كنا بصدده فنقول:

أما الفرع السادس فمصير المالك فيما اذا رجع الى أحدما كان تحت يده بالقيمة، وما المراد من القيمة؟

لاخلاف في ذلك، حيث أنهم أطبقوا على أن المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة. مضافاً الى كونه مقتضىٰ القاعدة، يعني على اليد، وقاعدته سواء على ما سلكناه سابقاً من كون نفس العين في العهدة أو على ماسلكه المشهور في معنىٰ الضمان من القضية التعليقية، بمعنىٰ ضمان المثل على تقدير تلف العين ان كان

....

مثلياً والقيمة كذلك ان كان قيمياً، والى ما استدل من قوله تبارك وتعالى «من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»[1] بناءً على أن يكون المراد من المماثلة في المعتدى به لا المماثلة في الاعتداء، كي يكون مفاده عدم التجاوز في مقدار الاعتداء، والا يكون خارجاً عما نحن فيه.

نعم هنا اشكالان:

الأول: ان مقتضى الآية على فرض الشمول والاطلاقات هو اعتبار المثل مطلقاً حتى في القيميات، لأن المستفاد منها في مثل قوله تعالى «فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» هو المماثلة الكلية، فيكون الأصل المثل الا ماخرج من نحو صحيحة ابن ولاد، و مقتضى قوله «على اليد» بقرينة قوله «حتى تؤدي» هو أداء المثل في المثليات والقيمة في القيميات، بل وكذلك في صورة تعذر المثل تقع المعارضة حينئذٍ بين الآية والرواية.

الثاني: بين الرواية و معاقد الاجماعات، حيث أن العبرة عندهم في ضمان المثل أو القيمة هو التمكن النوعي من دفع الأصل و عدمه. فمع التمكن من المثل نوعاً ينتقل الضمان الى المثل ولو لم يكن في البين تمكن شخصي. و مع عدم التمكن بحسب النوع كان قيمياً ولو فرض التمكن الشخصي من أداء المثل. ومقتضى الرواية من قوله «حتى تؤدي» هو اعتبار التمكن الشخصي و عدمه، ولولم يتمكن بحسب النوع في الأول أو كان متمكناً بحسبه في الثاني. فيكون بين الرواية و معاقد الاجماعات معارضة تامة بنحو لايمكن الجمع بينهما. فلابد من الطرح للرواية والأخذ بمعاقد الاجماعات وجعل المدار على ضمان المثل و عدم التمكن النوعي منه أو طرح الكلمات و معاقد الاجماعات و جعل المدار على ضمان المثل وعدمه والتمكن الشخصي وعدمه، سواء كان بحسب النوع متمكناً أم لا.

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

....

هذا، ولكن يمكن دفع التعارض: أما بين الرواية والآية فمع فرض الاطلاق فيها تقيده بالرواية بما اذا كان الشئ مثلياً. ولابعد، ومعه يرتفع التعارض بينهما، لأنه انما يكون في مورد لايمكن التوفيق بينهما، و بعد فرض قابلية الاطلاق في الرواية للتقييد لامجال للمعارضة بينهما أصلاً.

وأما بينهما بتقييد الاطلاق في الاعتداء بصورة التمكن من أداء المثل من جهة عدم صحة التكليف بغير المقدور. فمدفوع بأن غاية ذلك تقيد الهيئة بذلك، ولكن لايوجب تقيد المادة بصورة التمكن، فيؤخذ باطلاق المادة من اقتضائه ضمان المثل حتى على فرض عدم القدرة عليه.

ومن هذه الجهة يتمسك باطلاق المادة في الأوامر المثبتة للأجزاء والشرائط، و يستكشف به تحقق المصلحه فيها، حتى في حال العجز عن الا تيان بها، وان فرض تقيد الاطلاق للهيئة فيه بفرض القدرة على ايجادها، من جهة أنه لاملازمة بين تقييد الهيئة و تقييد المادة.

نعم ذلك يتجه في الرواية من قوله «حتى تؤدي» من حيث أخذت القدرة في موضوع الحكم. ولقد حقق في محله من أن ظاهر كل عنوان أخذ في لسان الدليل دخله في اقتضاء الحكم بنحو ينتفي عند انتفائه.

ومن هنا فرقوا بين القدرة التي أخذت قيداً في موضوع الحكم شرعاً و بين القدرة التي لم تؤخذ كذلك، وقالوا بانتفاء المقتضي والمصلحة للحكم على الأول على نحو سائر القيود المأخوذة شرعاً و عدم انتفائها على الثاني، وان كان فقدها موجباً لتقييد الهيئة من جهة قبح التكليف بغير المقدور. وعلى هذا يكون مقتضى الرواية هوالضمان بالمثل عند القدرة على أدائه و مع عدم القدرة ضمان القيمة.

وأما بين الرواية و معاقد الاجماعات فيمكن أن ترفع المعارضة بينهما بحمل الأخبار على ماهو عند العرف، من بنائهم على ضمان المثل في المثليات والقيمة في القيميات، وكون المدار عندهم في أمثال التمكن النوعي من اداء المثل ولو

....

فرض تعذر أدائه الى الشخص، وفي القيمي عدم التمكن منه نوعاً ولو فرض تمكن شخص خاص منه. فيجعل ذلك -أي بناء العرف في الضمان- قرينة على التصرف في ذيل الرواية من قوله «حتى تؤدي» الى صورة التمكن من أداء المثل نوعاً و عدم التمكن من أدائه كذلك، و حينئذٍ فتنطبق الرواية على معاقد الاجماعات.

مع أنه من البعيد أن يكون الحكم في معاقد الاجماعات لمجرد القيد، بل الظاهر هو استناد الحكم المزبور الى ماهو طريقة أهل العرف وما استقرت عليه سيرتهم، لكونهم من أهل العرف أيضاً، فيكون حكمهم بذلك لما هو المرتكز عندهم في الطريقة العرفية.

ثم ان الظاهر المراد بالمثل ليس هو مطلق المثل العرفي الذي يطلق مع وجود جهة الشبه في الجملة، بل هو ما يتساوىٰ قيمة أجزائه لأجزائه كل فرد حتى يرد النقص بمثل الريال أو سائر النقود من حيث عدم تساوي أجزائها في القيمة، بل المراد أشخاص من الصنف، فيكون المراد تساوي الأشخاص في غالب ماله مدخلية في الرغبة والقيمة بحسب الذات وان يكون له غلبة الوجود بحيث يتمكن منه نوعاً.

فلا ينتقض بما يصنع باليد مثل الكرباس و غيره من انواع المصنوعات باليد حيث تتساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعية، فان ذراعاً منه يساوي ذراعاً مع الآخر من جميع الجهات، ولازمه أن يكون مثلياً، مع أن الظاهر اتفاقهم في القيمي، و ذلك من جهة أنه لاعبرة بالموارد النادرة التي تكون من الاتفاقيات، بل تمام العبرة بالتمكن النوعي و غلبة الأفراد. و معلوم أن مثل ذلك لايكون بنحو يتمكن منه نوعاً بعد كونه من الاتفاقيات، مع أنه يمكن منع ذلك من الأساس كما نشاهده بالوجدان والعيان واختلاف أجزاء الثوب الواحد في الكيفية والقيمة.

نعم يصح ذلك بالنسبة الى مايصنع بواسطة المكائن كالأجناس الموجودة

....

فعلاً، حيث أنه مع تساوي الأجزاء منه في الرغبة والقيمة وغيرها كان أيضاً مما يتمكن منه نوعاً لأجل غلبة وجوده، وهكذا بالنسبة الى غير الكرباس المصنوع باليد الذي تصنع بالماكنات. و حينئذٍ لابد من التفرقة بين الأجناس التي تصنع باليد و بين غيرها مما يصنع بالماكنات، فيقال بالمثلية في الثاني دون الأول.

وكيف كان فلا اشكال في أنه مع تعذر المثل المزبور يجب رد القيمة، يعني قيمة المثل دون قيمة العين، لقبح التكليف بما لايطاق، اذ مع فرض عدم التمكن من أداء المثل لامجال لتكليفه بأدائه، لكونه من التكليف بمالايطاق.

ولكن يبقىٰ الكلام في الحاق غير التعذر الفعلي به من حيث سقوط التكليف من أداء المثل، كما لو كان تحصيل المثل موجباً للضرر الكثير البالغ الى حد الحرج. فان في هذا الفرض قد يقال: بأن مقتضىٰ انفي الضرر والحرج هو رد القيمة و سقوط التكليف بالمثل وجعله حاكماً على دليل السلطنة على المثل.

ولكن فيه أنه لامجال لجريان قاعدة الضرر والحرج بعد أن كانت من الأحكام الارفاقية، و بعد أن كان جريانها خلاف الارفاق بالنسبة الى المالك و سلطنته على المثل. فتبقىٰ قاعدة السلطنة من طرف المالك على حالها، و مقتضاها وجوب شرائها المثل ولو من البلاد النائية و تسليمه الى المالك، ولو كان بأزيد من ثمن المثل وكان الضرر بالغاً الىٰ حد الحرج.

نعم يمكن الحاق هذه الصورة الى حد المتعذر الفعلي، بمقتضىٰ بناء العرف و استقرار سيرتهم على الالحاق بالتعذر و حكمهم بلزوم القيمة عند ذلك. فيستكشف بمؤونة هذا البناء و استقرار السيرة و رضا الشارع وامضاء طريقتهم بمقدمات عدم الردع، و به تقيد قاعدة السلطنة و يحكم بعدم وجوب رد المثل.

نعم يمكن أن يقال في الغاصب بمقتضىٰ تكليفه بأشق الأحوال: لزوم تحصيل المثل ولوكان عليه ضرر كثير، بأن احتاج الشراء بمشقة كثيرة تبلغ حد الحرج. الا أن يقال: ان مقتضىٰ السيرة عدم الفرق بين الغاصب و غيره في الحاق الحرج

....

بالتعذر الفعلي، من حيث سقوط الوجوب عن رد المثل. ولا بأس به لوكان هناك سيرة من العرف أيضاً.

ومن هذا البيان ظهر عدم ورود اشكال صاحب الجواهر على جامع المقاصد، من أنه ليس في شيئ من الأدلة عنوان التعذر حتىٰ يرجع فيه الى العرف.

حيث أن مراده في جعل المدار على العرف ليس من جهة الحوالة اليهم في فهم المعنىٰ، حتى يرد عليه الاشكال بأنه ليس في الأدلة، بل مراده ما ذكرناه من استقرار بنائهم على عدم وجوب الشراء.

ثم ما ذكرناه من عدم وجوب المثل لايقتضي وجوب القبول على المالك لو دفع الغاصب القيمة، بل له الى زمان التمكن من المثل، فان القدر المتيقن سقوط السلطنة الفعلية الموجهة لالزام الغاصب بأداء المثل لاسقوط سلطنة عن المثل بقول مطلق. و حينئذٍ له الصبر الى حال التمكن من أداء المثل.

وهل للمالك الزام الغاصب للقيمة في هذا الحال؟ الظاهر نعم، فان له رفع اليد عن الخصوصية للمثل و مطالبة مافي ذمة الغاصب بمرتبة ماليته.

لايقال: ان لازم ذلك جواز الزامه بأداء القيمة حتىٰ في حال بقاء العين، حيث أن له وضع اليد عن خصوصية العين و مطالبة مافي عهدة الغاصب ببعض مراتبه.

لأنا نقول: جواز رفع اليد عن خصوصية العين والمطالبة بمرتبة ماليته هناك انما هو من جهة سلطنته الفعلية على خصوصية العين، اذ مع بقائها لايمكن له أن يرفع اليد و المطالبة ببعض مراتبها. وهذا بخلاف المقام، حيث تعذر المثل وجب سقوط سلطنته فعلاً على خصوصية المثل، من جهة كونها -أي مطالبة المثل مع تعذره- تكليفاً بما لايطاق.

ثم ان الظاهر المدار في القيمة هويوم الاقباض، بمعنىٰ بقيمته حين أداء القيمة، فلابد من ملاحظة القيمة في ذلك الحين، فان المثل كان ثابتاً في الذمة الىٰ حين دفع القيمة بدلاً عنه. ولا دليل على الانتقال بالقيمة بمجرد الفقدان، مع

....

أن مقتضىٰ الاستصحاب بقاؤه في الذمة الى حين الأداء.

و حينئذٍ فلاعبرة بقيمة يوم الاعواز، ولا أعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف، ولا أقصىٰ من وقت تلف المغصوب الى وقت الاعواز، ولا أقصىٰ القيم من يوم التعذر الى يوم التلف، ولا أقصىٰ القيم من وقت تلف المغصوب الى وقت الاعواز، ولامن وقت الاعواز الى يوم الأداء، الى غير ذلك من الاحتمالات. بل تمام العبرة بقيمته يوم الأداء.

ثم ان الظاهر براءة ذمة الغاصب بمجرد دفع القيمة، بحيث لو تمكن بعد ذلك من المثل لايجب أداء المثل، لأن أداء القيمة حينئذٍ كان أداءً لما ثبت في ذمته وهو المثل لابدلاً للحيلولة كي يكون مقتضاه وجوب رد المثل عند التمكن من أدائه. و بذلك يكون فرق المقام عن بدل الحيلولة الذي لايكون بدلاً عن نفس العين بل عن حيلولة السلطنة على نفس العين.

اذا عرفت ماذكرناه يظهر أن ما قاله الماتن و كيفية أداء المثل والقيمة كما هو مقتضىٰ حديث اليد و باقي الأدلة و كيفية تطبيقه على المورد.

الفرع الثامن: من هو المغرور و كيفية تحكمه في المقام اذا باع المشتري بأزيد من القيمة، وهل النهي عن الغرر يكون شاملاً له أم لا؟ فنقول: ان التعبير بالغرور في المقام قد تبين مما ذكرناه أن مع وجود العين ليس للمالك الا أخذ العين، ولا يمكن صرف النظر عن العين والاكتفاء ببعض مراتب القيمة.

وعلى هذا فلا يمكن الوصول الى المثل أو القيمة الا في صورة تعذر العين عرفاً كما ذكرنا، وعند التعذر لورجع المالك الى من عنده العين وأخذها كان المأخوذ منه يرجع الى العامل أو غيره الذي أخذ منه بنفس الثمن الذي دفع اليه، حتى في صورة كونه قيمياً والعين كانت متعذرة وكان التكليف الرجوع الى القيم والمخمن جعل قيمته أقل من قيمة المسمىٰ، فيكون المشتري دافعاً لقيمة الضروب الى

....

المالك و أراد الرجوع الى المشتري لأخذ ما دفعه الى المالك، فان له المطالبة بنفس الثمن لا المقدار الذي دفعه الى المالك، لأن المشتري انما رضي بهذا الثمن دون ثمن المثل و ذلك لأن العامل والمشتري أوقعا العقد ولو كانا عالمين بالبطلان فيكون مثلاً ان العامل كان قد أخبر بوجود صفات خاصة في المبيع و باعه بأزيد من ثمن المثل، فان النهي عن الغرر لايكون شاملاً له، لأن نفس المبيع لوكان غررياً يكون نهي النبي (ص) عن بيع الغرر شاملاً له. وأما الأوصاف التي يذكرها العامل فلايكون النهي شاملاً لها، فتكون قيمة المسمىٰ مأخوذة من المغرم و مدفوعة الى العامل أو غيره المغرم.

والغرر في المبيع يوجب البطلان اذا كان غير واجد للصفات، كالرداءة و عدم الجودة و تخلفه مما يوجب النقص في العين. وأما الغرر في الثمن فمن اخبر به بأوصاف اوجبت زيادته عن قيمة المثل لايجري الغرور فيه.

وأما ما قاله الشيخ الأعظم قدس سره: من أن الالتزام بالوصف اخبار بوجوده. فهذا مما لا يساعده البرهان، فان الانشاء اذا كان طارئاً على شيءٍ يستحيل وجوده في الخارج، فان الانشاء عبارة عن ايقاع النسبة، وهو أمر ذهني يستحيل وجوده في الخارج والا لانقلب الذهن خارجاً وهو استحالة واضحة لاتحتاج الى البرهان، فان الانشاء اذا طرأ على شيءٍ يستحيل في الخارج وجوده كالعنقاء، فان ذلك وان كان انشاؤه باطلاً الا أن قراره محطاً للبيع، لا أن الالتزام في البيع لايكون التزاماً بوجوده في الخارج، والا لما صح الانشاء بمجرد الشك بوجوده في الخارج في هذه الأشياء، بل و مع الشك في وجوده و عدمه في الانشاء يلزم أن يكون الانشاء باطلاً، لأن من الواضح: أن ذلك يكون موجباً لغرريته ولو كان الغرر شاملاً لوجود الوصف و يقتضي الانشاء وجوده خارجاً، فيلزم كون البيع مع الشك باطلاً لغرريته، فلايكون الانشاء دالاً على وجود الأوصاف له خارجية.

و حينئذٍ لايكون الغرر جارياً في الثمن ويكون المشتري أو العامل اذا

....

رجع اليه المالك في حال التعذر وأخذ منه ثمن المثل، فيرجع الى ذي اليد الآخر و يقبض منه ثمن المسمىٰ وان كان عالماً بالبطلان لما تقدم. وأما اذا كان جاهلاً بالبطلان فلايصح كلام الماتن الا على مبنىٰ الشيخ قدس سره الذي لايمكن مساعدة الوجدان عليه.

وعلى هذا ففي كل مورد يجري فيه أصل من الأصول لاثبات وجود الصفات يكون موجباً لشغل ذمة المدفوع للدافع.

ومن هنا ظهر أن الزيادة لا تكون في البين حتىٰ نحتاج الى التفصيل.

الفرع التاسع: ان في مخالفة الانصراف مخالفة لأمر المالك، وقد عرفت فيما سبق أن مخالفة أمر المالك بعد أن لم يكن الأمر بالشئ مقتضياً للنهي عن ضده فقهراً لا تكون مخالفة المالك موجبة لرجوع المالك عن اذنه في التصرف بما يقتضي مصلحة الربح.

ومن الواضح أنه اذا لم يكن رجوعاً تكون المعاملات الواقعة صحيحة، اذ الاطلاق في المقام يكون غير مراعى لمصلحة المالك كما تقدم مفصلاً، فقهراً يكون الاطلاق هو الأخذ بما هو مصلحة للربح، فتكون غير فضولية. ولاضمان على العامل حتى ترد فيه هذه الجهات، فيكون الربح بينهما.

نعم لو نهىٰ المالك عن بيع النسيئة فيكون النهي مقتضياً لرجوع المالك عن اذنه العام الذي هو مقتضىٰ طبع المعاملة. و حينئذٍ تكون المعاملات فاسدة، ويكون كلام الماتن له مجال واسع.

وأما طبع عقد المضاربة فاطلاقه يقتضي أن يكون كل ما جلب الربح، و يكون خلاف اطلاقه المستفاد من القرائن الحالية أو المقالية هو أمره بالبيع نقداً. وهذا الأمر كما قلنا بعد عدم اقتضائه النهي عن ضده تكون المعاملات الواقعة صيرورة الربح بينهما، ولكن العامل ضامن لرأس المال والربح الذي يكون للمالك كما تقدم بيانه مفصلاً.

(مسألة ٩)- في صورة اطلاق العقد لايجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل، كما أنه لايجوز أن يبيع بأقل من قيمة المثل والابطل. نعم اذا اقتضت المصلحة أحد الأمرين لابأس به [١]....

---

[١] ان النزاع في الاطلاق - كما تقدم في المسائل السابقة- والنزاع بيننا و بين الماتن والقوم، يدور بين كون الاطلاق هل يقتضي مراعاة المالك أو مراعاة الربح؟

و بعبارة أخرىٰ: التجارة المستفادة من اذن المالك لوخلي و طبعه - كما يقتضيه عنوان العقود الاذنية- يكون قول الماتن صحيحاً، ولكن اذا قلنا بأن عقد المضاربة انما شرع لجلب الربح دون مراعاة الملاك ، فقهراً يكون الاطلاق بعكس ذلك حيث ان الربح وما يقتضيه يكون هوالمعيار، لا أن الاذن يقتضي أن لايشتري الا بثمن المثل وان لايبيع الا بثمن المثل، فان في كل الموارد يكون الاطلاق الراجع الى العرف هوالذي فيه مصلحة الربح لامصلحة المالك وان الاذن المالكي لا مدخلية له في المقام، ويكون الاطلاق عكس ما استفيد من اطلاق الاذن. كما أن هذا الاطلاق أيضاً لا يلائم في بعض الموارد مع ما يقتضيه اطلاق التجارة، فان اطلاق التجارة في كثير من الموارد يكون ناشئاً من اطلاق أذن المالك ، فقهراً في موارد الشك بكون العرف مرجعاً يكون الرجوع الى العرف و يكون اذن المالك له مدخلية في استفادة الاطلاق، فيمكن أن يرعىٰ مصلحة الربح و يمكن أن يكون على خلاف ما تقتضيه مصلحة الربح، والحال أن مقتضى الاطلاق في المضاربة يقتضي مراعاة الربح صرفاً وافق جهة التجارة أم لم يوافق.

و حينئذٍ مقتضىٰ الاطلاق في المقام يمكن أن يكون بأن يشتري بأقل من قيمة المثل، و تارة يكون الاطلاق مقتضياً لأن يشتري بأكثر من ثمن المثل وان كان خلاف اقتضاء التجارة، فان الاطلاق يكون مقتضياً لذلك وان كان خلافه.

وأما تفريع الماتن عليه بأنه اذا خالف الاطلاق بطل. فقد عرفت في المسألة الآنفة أن الاطلاق على فرض التسليم انما يكون كمالو أمر أن لايشتري بأقل أو

(مسألة ١٠)- لايجب في صورة الاطلاق أن يبيع بالنقد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر. وقيل بعدم جواز البيع الا بالنقد المتعارف، ولا وجه له الا اذا كان جنساً لارغبة للناس فيه غالباً[١]....

أزيد من ثمن المثل، فان الأمر بعد عدم اقتضائه النهي عن ضده تكون المعاملات صحيحة، ولكن من جهة خيانته يكون ضامناً لرأس المال و الربح العائد الى المالك كما عرفت مفصلاً.

[١] تعرض الماتن هنا الى البيع مع الاطلاق، فان مصلحة الربح و ما اقتضته لايمكن العدول عنها ولو لم تكن مصلحة التجارة مقتضية له، و كذلك مصلحة الاذن لوخلي و طبعه من دون ملاحظة مصلحة الربح.

وعليه: ففي كل الموارد التي يكون فيها مصلحة الربح مقتضية للاقدام لا مصلحة التجارة والاذن من المالك كما بيناه، فان اطلاق التجارة أيضاً لاوجه له بعد أن كانت مصلحة الربح مقصودة في المقام ولو كانت المصلحة والاطلاق غير جاريان في المقام.

وعلى هذا فلوكان الربح موجوداً في مبادلة الجنس بالجنس واما اذا أُريد مبادلة الجنس بالنقد ولم يكن ربح، كان مقتضىٰ اطلاق المضاربة هوتبديل الجنس بالجنس ويكون تبديل الجنس بالنقد خارجاً عن اطلاق المضاربة.

و نتيجة ذلك: ان اطلاقات المضاربة غير شاملة له، فلابد من التماس اطلاق آخر يحكم بصحة هذه المعاملة من الاطلاقات العامة، لأنه كما بينا لايكون الأخذ باحدىٰ الاطلاقات الثلاث أو الأربع لايوجب انثلام الظهور عن الاطلاقات الباقية من اطلاق الاذن و اطلاق التجارة واطلاق المضاربة، حيث أن هذه الظهورات باقية على عمومها يؤخذ بها في مواردها ومن دون أن يكون هناك موجباً لانقلاب النسبة.

نعم من قال بأن المضاربة لابد وأن تكون بالنقد المتعارف، فذلك من جهة أن الاذن العام المستفاد من عقد المضاربة بعد أن كان في التجارة وأن يكون عقد

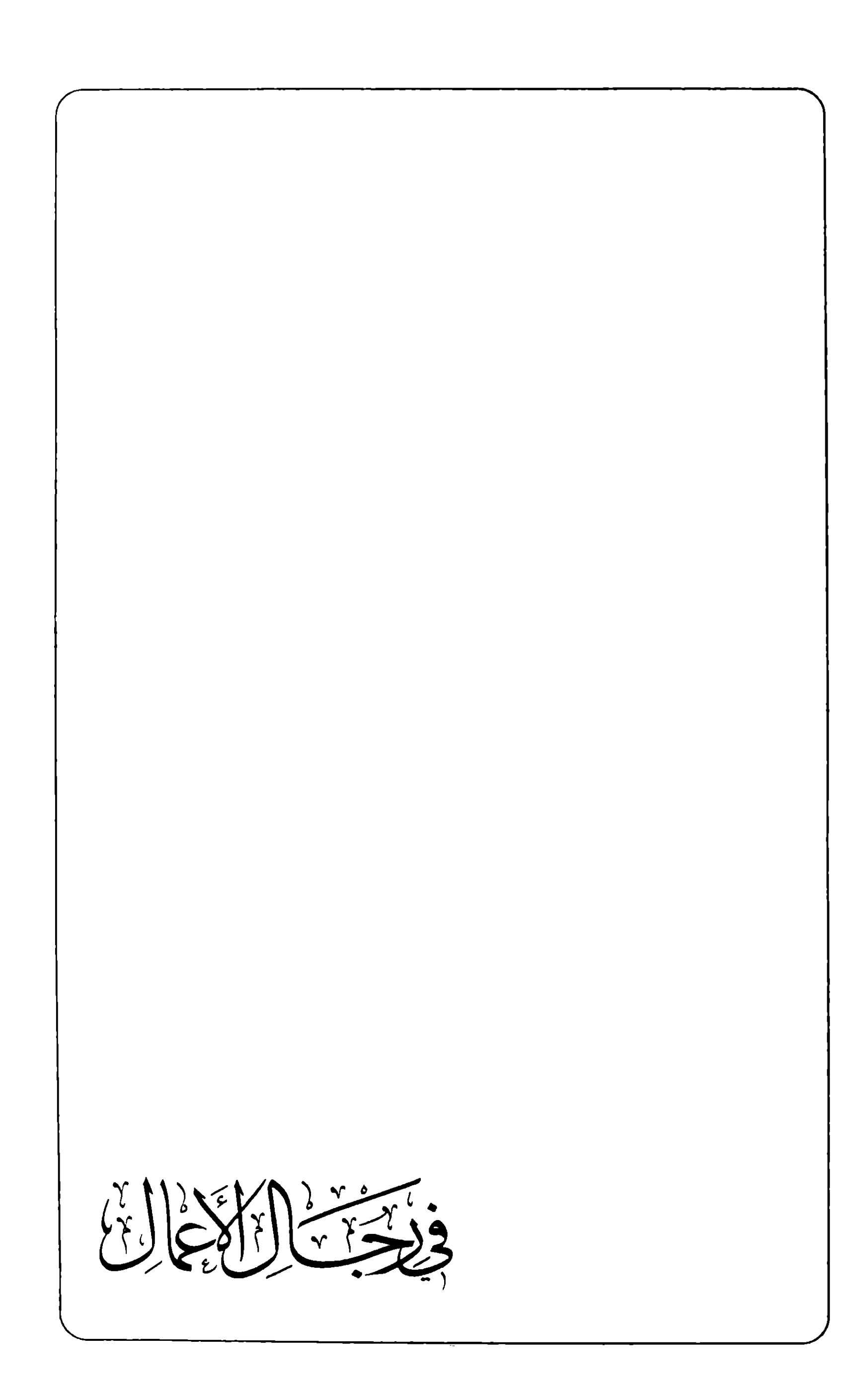
(مسألة ١١)- لايجوز شراء المعيب الا اذا اقتضت المصلحة، ولو اتفق فله الرد أو الارش على ما تقتضيه المصلحة[١].

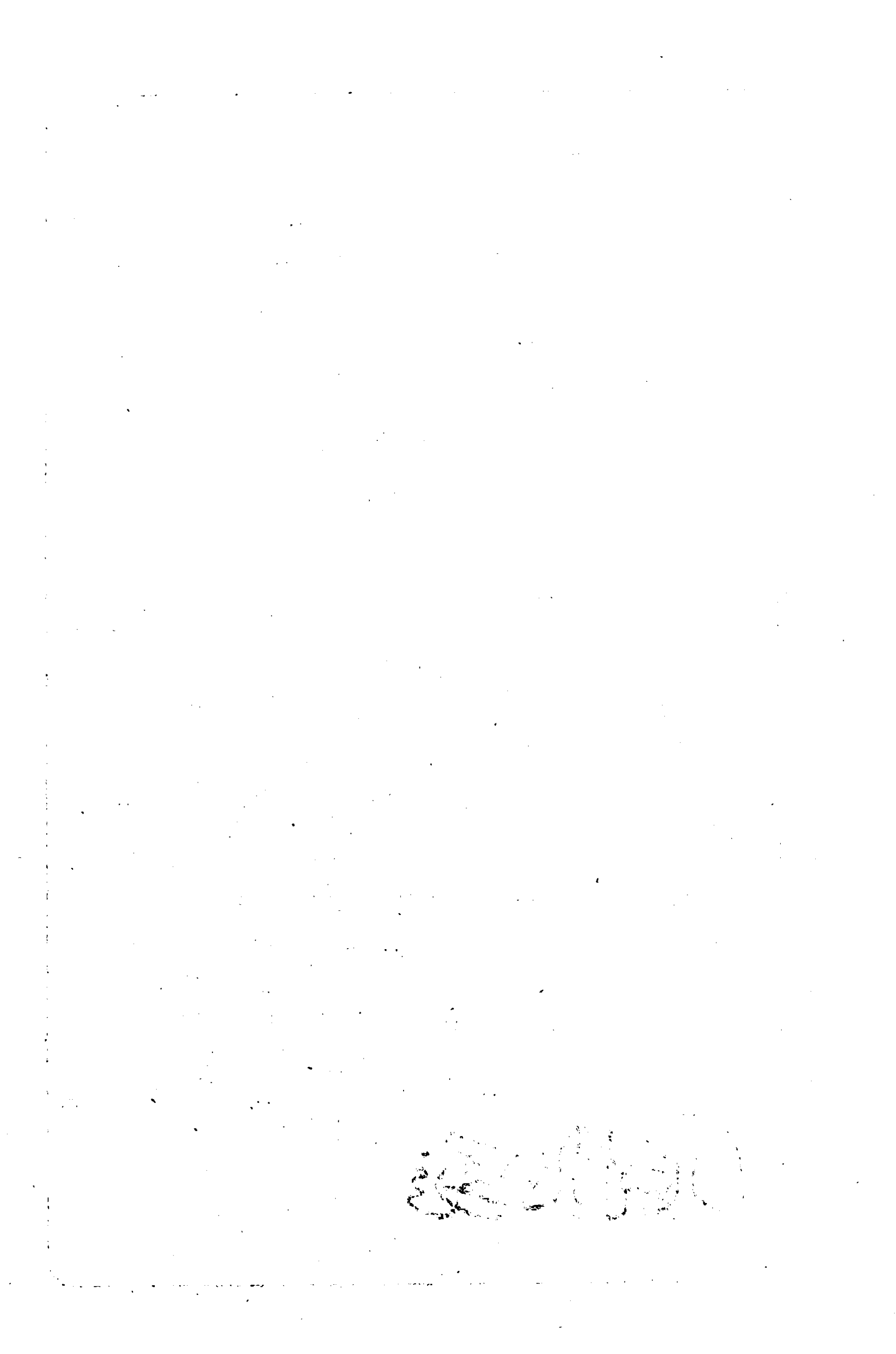
المضاربة المستولى فيه أدلة الاذن.

و نتيجة ذلك هو كون أدلة المضاربة متلونة بتلون أدلة الاذن، وهو متلون بلون التجارة، و حينئذٍ مع اجتماع هذه الألوان يستقيم بيعه بالنقد، لأن عمومات الاذن تقتضي ذلك مع ان الماذون هو التجارة فقهراً تقتضي بالنقد. ولكن اذا أنكرنا صحة انقلاب النسبة - كما هو الحق- يكون المورد هو مافيه مصلحة الربح ولو كان بتبديل العروض بالعروض، فلو اقتضت المصلحة الربح بأن يكون بتبدل العروض بالعروض حتى في مورد القسمة يكون للعامل ذلك.

[١] ان عمومات التجارة تقتضيه كما عليه الماتن بضميمة عمومات الاذن، فيستفاد منه عدم الجواز و يجوز اذ اقتضت المصلحة، لأن اذن المالك لوخلي و طبعه لايجوز شراء المعيب، الا أن عمومات الأذن لوكانت مقتضية لحفظه بشراء المعيب فلا مانع منه، بحيث كان اذن المالك غير متسع لهذا المورد فقهراً يجوز ذلك.

فالعبرة على قول الماتن بعمومات الاذن، بحيث تكون التجارة الموجودة في المضاربة بعد انقلاب النسبة، فيلزم أن تكون التجارة مقيدة بالمصلحة للربح والمصلحة مقيدة بالتجارة، وهو معنى انقلاب النسبة الذي ننكره، بل يبقى كل منهما عامين، ولا يكون الاجتماع بينهما موجباً لجعله جزء الموضوع بعد كون كل منهما تمام الموضوع ويردان على الحكم برأسه.


في رحاب الأعمال



الفصل الرابع:

في رجال الاعمال

(مسألة ١٢)- المشهور على ماقيل أن في صورة الاطلاق يجب أن يشتري بعين المال، فلايجوز الشراء في الذمة. و بعبارة أخرىٰ: يجب أن يكون الثمن شخصياً من مال المالك لا كلياً في الذمة. والظاهر أنه يلحق به الكلي في المعين أيضاً، وعلل ذلك بأنه القدر المتيقن.

وأيضاً الشراء في الذمة قد يؤدي الى وجوب دفع غيره، كما اذا تلف رأس المال قبل الوفاء ولعل المالك غير راض بذلك.

وأيضاً اذا اشترىٰ بكلى في الذمة لايصدق على الربح أنه ربح مال المضاربة.

ولا يخفىٰ مافي هذه العلل، والأقوىٰ كماهو المتعارف جواز الشراء في الذمة والدفع من رأس المال[١].

---

[١] بيّن الماتن في هذه المسألة فرعين: الأول -وهو أصل المسألة- بأن الشراء لابد وأن يكون شخصياً و يتبعه البيع، الثاني أن يكون التنازع لمن اشتراه.

ثم انهم لم يتعرضوا لبيعه، و مقتضى ما ذكروه وجوب كون المبيع أيضاً شخصياً لا كلياً ثم الدفع من الاجناس التي عنده. والأقوى فيه أيضاً جواز كونه كلياً وان لم يكن في المتعارف مثل الشراء.

ففي الفرع الأول: من كون الشراء لابد وأن يكون شخصياً والبيع كذلك للمشهور قدس الله اسرارهم اطلاقات ثلاثة:

الأول: اطلاق عقد المضاربة الحاكم بأن العامل له اذن تام في جلب الربح. وهذا المعنى يقتضي أن يكون في اطار جلب الربح يده مفتوحة، والانفتاح يقتضي أن يكون مجازاً في التجارة بهذا المال بنحو يجلب الربح، سواء اقتضت التجارة جلب الربح أم لا. فان دليل المضاربة حاكم على أن العامل في مضاربته جالباً للربح كان موافقاً لمقتضى التجارة أم لا. ففي كل مورد وافق ذلك فهو وان لم يوافق كان دليل المضاربة حاكماً بالأخذ به الا ان تكون هناك قرينة خاصة توجب على العامل اتخاذ العمل بما يوافق التجارة كالتصريح من المالك، والا فان عقد المضاربة على اطلاقه يقتضي أن يكون العامل يعمل بما يوجب الربح و لوكان يخالف عموم التجارة.

و هناك عموم آخر، و هو العمومات الاذنية، فان عقد المضاربة لما كان من العقود الاذنية الجائزة يكون المالك مسلطاً على ماله، و ذلك الجواز العقدي. و معناه أن المالك بعد اجراء العقد يكون تسلطه على ماله باقياً مع الاذن في العمل بالمال بما يوجب الربح. فهذا التسلط باق متى أراد الرجوع عن عقده. و ما قلناه من اشتراط البقاء الى مدة معينة لم يكن منافياً للجواز العقدي كما تقدم مفصلاً.

وعلى هذا فان السلطنة موجودة في ضمن كون العامل مشتغلاً بالتجارة، فيكون الاذن في التصرف في هذا المال بما يجلب الربح في حال كونه اذنياً مطابقاً لاذن المالك، فيكون عموم «الناس مسلطون على أموالهم» جارياً في المقام.

ثم ان الشراء في الذمة يتصور على وجوه:
أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك وفي ذمته من حيث المضاربة.

فالعقد الاذني وكونه اذنياً يكون في عرض العقد المضاربي، ولكن اذا جرىٰ العقد لم يكن مجال للاذن، لأن أوان العقد اذا جرىٰ يكون الاذن على هذا المنهج، فيكون دليل عموم الاذن محكوماً بدليل المضاربة، لأن اذن المضاربة له نظر الى السلطنة المطلقة المستفادة من «الناس مسلطون على أموالهم»، و كذلك العموم الدال على التجارة، فان دليل المضاربة بالمال لايمكن الا أن يكون بالتجارة، فان دليل «تجارة عن تراض» لما كان في مورد المضاربة فيكون دليل المضاربة له نظر بما يكوّن المضاربة به وما يوجب الربح له نحو حكومة على دليل التجارة، لأن المقصود هو التجارة الموجبة للربح، فيكون له نحو نظر بذلك.

وعلى هذا فان دليل الاذن أيضاً يكون محكوماً بدليل المضاربة. و نتيجة ذلك تظهر في الفروع المترتبة على هذه المسألة، فان الاطلاق الذي عمل المشهور عليه برواية واردة في المضاربة، فان عمل المشهور يبتني على ما يستفاد من الرواية لديهم. وقد تقرر أن العموم في باب المضاربة يكون له نحو نظر بباقي العمومات.

وعلى هذا فان النظر في العموم لايدور مدار الخصوصية وعدمها بل المدار نفس النظر. وعلى هذا فان الفروع المترتبة على هذا تدور مدار هذه الجهة.

الفرع الأول: يجب أن يشتري بعين المال، فلا يجوز الشراء في الذمة، فان العامل لابد وأن يلاحظ مايكون نتيجة الربح، فلو كانت النتيجة تقتضي أن يكون الشراء شخصياً بنفس المال فالاذعان في المضاربة يقتضي ذلك وكون العامل أميناً يقتضي كون الشراء شخصياً كما استند الى المشهور. واذا كان مقتضىٰ الربح و عمومات باب المضاربة كون الشراء فقدياً لانقدياً فقبوله لعقد المضاربة وأمانته تقتضي أن يكون الشراء فقداً وفي الذمة ولو كان عموم التجارة و عمومات الاذن تقتضي خلاف ذلك.

الثاني: أن يقصد كون الثمن في ذمته من حيث أنه عامل و وكيل عن المالك، و يرجع الى الأول، و حكمها الصحة وكون الربح مشتركاً بينهما على ماذكرنا. واذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان في ذمة المالك يؤدي من ماله الآخر.

وعلى هذا كما ان مايحكم به الماتن بأن العرف انما يتعاملون في الذمة أيضاً لايكون مناطاً، لأن ذلك مما لايوجب الربح في ذلك، كما أنه يوجب الربح في مورد خاص أيضاً.

الفرع الثاني: البيع أو الشراء بنحو الكلي في المعين وان كان كلياً الا أنه لوكان بنحو استثناء الصاع من الصبرة فأيضاً يكون شخصياً ويكون بخلاف الكلي في المعين كما ذكر مراراً.

الفرع الثالث: ان في صورة التلف قبل أداء الثمن يكون الضرر وراداً على كليهما ولا اختصاص به للمالك، كما تفضل به الماتن. نعم له حصة تلازم الضرر و عدم رضا المالك به، فان المالك بايجابه للمضاربة رضي بذلك، فانه لما سلط العامل على ماله لأجل حصول الربح كان الأمر امضاء لما يجلب ذلك، و عدم رضايته يستلزم أن لايكون راضياً بالعقد، والمفروض عدمه، فيكون المالك راضياً بذلك.

الفرع الرابع: ان المالك بعد اجراء العقد و قبوله فقد سلط العامل على ماله لأجل حصول الربح، فيكون العامل ولياً و نائباً عن المالك في هذا المال لأجل حصول الربح.

وعلى هذا فكل التصرفات في هذا المال يكون بهذه التولية والولاية. و نتيجته كون الاشتراء في الذمة وأدائه بهذا المال لتصحيح هذا التصرف، فيكون كنفس المالك من جهة هذه الولاية والنيابة الحاصلة من عقد المضاربة، فيكون الربح ربحاً مضاربياً، لأن ذمة العامل بالعقد صارت ذمة المالك، كما أن تصرفات العامل تصرفات للمالك بالتصرف الوضعي. فلا مجال لاحتمال أن يكون الربح

الثالث: ان يقصد ذمة نفسه وكان قصده الشراء لنفسه ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة ثم دفع منه. وعلى هذا الشراء صحيح، ويكون غاصباً في دفع مال المضاربة من غير اذن المالك، الا اذا كان مأذوناً في الاستقراض وقصد القرض.

للعامل بعد أن كان الشراء في الذمة، لأن ذمته ذمة المالك.

الفرع الخامس: ذهب المشهور أن للعامل التولية في البيع كما له التولية في الشراء في حال وجود الربح، حيث أن عمله واحد بدليل المضاربة، كما ذكرنا في الفرع الرابع من ناحية الشراء.

الفرع السادس: أن يشتري العامل بقصد المالك وفي ذمته من حيث المضاربة. ولا اشكال فيه، ويكون الثمن شخصياً بعين مال المضاربة.

الفرع السابع: أن يشتري في الذمة لنفسه ولكن من حيث كونه وكيلاً عن المالك، بحيث يقصد الولاية الحاصلة من عقد المضاربة. وهذا أيضاً مما لا اشكال فيه ويرجع الى الأول، وحكمه الصحة، ويكون الربح مشتركاً بين العامل والمالك.

واذا فرض تلف مال المضاربة يكون العامل ضامناً أيضاً، ولا وجه لضمان المالك خاصة، اذ بعد صحة العقد وكون تصرف العامل مطابقاً للموازين فيكون الضرر الوارد في المعاملات وارداً على رأس المال. الا أن يقال: ان مال المضاربة لايستفاد منه جواز الأداء منه، فحينئذٍ يؤدي الدين من مال آخر.

وعلى هذا يتوجه الاشكال من صاحب الجواهر والمسالك، وذلك بأن مال المضاربة بعد الشراء في الذمة وتلفه قبل أداء الثمن لاينفع، اذ المفروض هو الثمن باذن المالك وتلف المال ولم يكن شرطاً. وانما يكون كلام صاحب المسالك الأخذ باطلاق الاذن، وهذا الاطلاق لايوجب تعهداً بحيث يكون الاذن قاصراً للمعاملة الغير نقدية، فادعاء صاحب المسالك في أنه من المسلمات

الرابع: كذلك، لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء حتى يكون الربح له، فقصد نفسه حيلة منه. وعليه يمكن الحكم بصحة الشراء وان كان عاصياً في التصرف في مال المضاربة من غير اذن المالك و ضامناً له، بل ضامناً للبائع أيضاً، حيث أن الوفاء بمال الغير غير صحيح.

لايكون، الا أن الاطلاق و كلمات الاصحاب يرون فيها قصور الاذن عن غير معاملات النقد، بحيث يكون الاذن قاصراً عن شمول المعاملات الذمية، فقهراً عند تلف المال قبل أداء الثمن من قبل المضاربة لامجال لأدائه من مال الآخر، وتكون المضاربة عند تلف المال باطلة. ولا مجال لفسخ المالك كما ذهب اليه المختلف، وعليه مصير صاحب الجواهر.

ولكن هذه الجهات أجنبية عن دليل باب المضاربة، بل لو فرضنا أن العامل خان في المال و تلف في يده - كما هو المفروض - فأداء المالك ما تضرر منه المضاربة، فان المالك يؤدي ما نقص من مال المضاربة، فيكون هذا المال مضاربة كما ذهب اليه بعض الأعاظم، و ذلك لأن مصير الاطلاق يكون كذلك، لأن الاطلاق الاذني اذا أوجب قصور يد العامل في المضاربة الا في الموارد النقدية فان هذا الاطلاق يوجب أن يكون ما دفعه المالك من باب الاستمرار للمضاربة. فكلام صاحب المسالك من التقييد انما نشأ عن حكمه بانقلاب النسبة، وان الاطلاقات الثلاثة توجب تقييد كل منهما للاخر، و نتيجته التقييد كون الاطلاقات التي هي تمام الموضوع تصبح جزء الموضوع. و تمسك بعض الأعاظم أيضاً باطلاق ينبئ عن ميله لذلك.

وأما على مبنانا الذي نذهب فيه الى حكومة اطلاق المضاربة على العموم الآخر - فان العامل مأذون في الاشتراء في الذمة اذا كان فيه الربح من دون نظر لعموم الاذن، فاذا تلف المال ولم يكن عنده مايؤدي دينه فأدى عنه المالك كان اطلاق عقد المضاربة مقتضياً للتعامل مع المال بما يوجب الربح، فكان مأذوناً في

و يحتمل القول ببطلان الشراء، لأن رضى البائع مقيد بدفع الثمن، والمفروض أن الدفع بمال الغير غير صحيح، فهو بمنزلة السرقة، كماورد في بعض الأخبار: ان من استقرض ولم يكن قاصداً للأداء فهو سارق.

هذا العمل، وحيث أن المال لم يبق عنده يكون هذا الاطلاق حاكماً بأن ما يدفعه المالك داخل في باب المضاربة، فالاطلاق في المقام غير الاطلاق الذي تمسكوا به، لأن الاطلاق في المقام هو أصل المضاربة والاطلاق الذي تمسكوا به يكون من ناحية تقييد العمومات بعضها بعضاً على حساب انقلاب النسبة، لقولهم بالتقييد الذي هو أدل دليل على الانقلاب، و نتيجة الانقلاب هو أن العام يتضيق بحيث لايشمل المضاربة غير المأذون فيها الذي حذا حذوه صاحب المسالك.

حكومة ادلة المضاربة على العمومات

ولكن نحن في فسحة من ذلك، لأن العمومات وان كانت متعددة الا أن العموم في باب المضاربة له نظر بباقي العمومات، فيكون نظره موجباً لأن يكون في درجة من القوة لايمكن لباقي العمومات التأثير فيه.

الفرع الثامن: أن يقصد الشراء لنفسه و يقصد ذمة نفسه ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة ثم دفع منه.

فان من الواضح أن المالك باجراء العقد قد عقد للعامل ولاية على هذا المال بنحو يوجب الربح، فهذه الولاية والنيابة ثابتة للعامل وله اختيار عام بهذا المال لهذه الجهة.

و حينئذٍ تكون تصرفات العامل كلية تحذو حذو هذه الجهة، فلو عامل على عمل ولم يقصد أن يكون هذا العمل للمضاربة بعد أن كان عاملاً للمالك، فانه أولاً و بالذات يكون باجراء العقد و قبوله للمضاربة و يكون مأموراً للعمل على طبق أمره المضاربي، فلا تكون له السلطنة على العمل للغير من نفسه. فاذا عامل على معاملة يكون عمله فيها مورداً لسلطنة المالك لوخلي و طبعه ولو كان من قصده للمالك،

و يحتمل صحة الشراء وكون قصده لنفسه لغواً بعد أن كان بناؤه الدفع من مال المضاربة، فان البيع وان كان بقصد نفسه و كلياً في ذمته الا أنه ينصب على هذا الذي يدفعه، فكأن البيع وقع عليه.

لأن العمل مملوك للمالك، حيث أن العامل لايكون له القدرة على ضده، لأن قصده نفسه أو غيره لا يجتمع مع سلطنة الغير على ضده -أي المالك- فلا تكون له قدرة على ضد مرام المالك المنعقد معه عقد المضاربة.

فاذا اشترىٰ العامل في الذمة لا تضر به هذه الجهة، لأن العامل ولي من قبل المالك. فان هذا الشراء يكون للمالك اذا دفع العامل المال المختص للمضاربة، لأن العامل يجعل العمل للمالك ولا تكون له القدرة على ضده، فاذا لم تكن له القدرة واشترىٰ في الذمه فلايمكن له نية الغير، لأنه غير مقدور له. واذا نوىٰ نفسه لايقع لنفسه، لأن العمل مملوك للغير، فيكون نيته لنفسه لغواً، الا أن يكون مأذوناً بذلك والمفروض عدمه.

نعم يمكن أن ينوي لنفسه على نحو وحدة المطلوب. ولكن هذه النية لما لم تكن مقدورة له تكون لغواً و يكون دفع مال المضاربة عبثاً. وهذا المعنىٰ يظهر في مورد الاجارة، لأن عقد المضاربة وان كان عقداً جائزاً ومن العقود الاذنية، الا أن العقد الذي عقده المالك يوجب أن يكون له الاختيار التام في التصرف بالأموال التي جعلت في يده.

فهذا العقد الجائز يوجب الأثر الوضعي لهذا المال عند قبوله لعقد المضاربة، و حينئذٍ لو تصرف بهذا المال بما يقتضيه عقد المضاربة فهو، وأما لو تصرف بضد هذا العقد و عما يقتضيه فمعناه نفي ما يقتضيه، فلا سلطنة للعامل عن ضد ما يقتضيه العقد وان ينوي نفسه. فاذا نوي نفسه يكون العقد واقعاً للمالك، خصوصاً اذا أعطىٰ من مال المضاربة ثمناً للشراء، فيكون عاصياً من حيث أنه نوى نفسه بنحو وحدة المطلوب. وأما اذا لم ينو بنحو وحدة المطلوب -كما هو المفروض- يكون العقد واقعاً للمالك و دفع الثمن من مال المالك، و يكون نيته لنفسه لغواً، و نتيجته عدم

والأوفق بالقواعد الوجه الأول، و بالاحتياط الثاني، و أضعف الوجوه الثالث وان لم يستبعده الآقا البهبهاني.

العصيان.

بل يكون الأمر كما اذا استأجر أحداً لحفر الكنز أو المعدن والعامل نوىٰ أن تكون حيازته لنفسه لا للمستأجر، فان العامل بما هو عامل حيث أنه آجر نفسه لحيازة المباح يكون المالك مسلطاً لعمل المستأجر عليه، فلا سلطنة لأن يقصد نفسه أو غير المالك، فيكون عمله واقعاً للمستأجر، ولايكون العمل واقعاً لمن نوىٰ غير المالك، لأنه لاسلطنة على ضده مع الاختيار التام الذي أعطي له المالك و تفصيل ذلك في الامور النيابيه.

نعم يكون هذا لغواً ان لم يكن بنحو وحدة المطلوب، وان كان بنحو وحدة المطلوب يكون عاصياً ولكن العقد للمالك، ولو كانت نيته لنفسه بنحو وحدة المطلوب يقع عن نفسه و يكون دفع الثمن من مال المضاربة، فان هذا المورد يكون بقصده الشراء لنفسه بهذا النحو موجباً لخروجه عن دائرة الأمانة، و يكون تصرفه غير مأذون فيه، الا أن يكون مأذوناً في وفاء دينه من مال الغير ويكون عليه ضمانه لاحترام مال المالك ويكون الشراء غير داخل في باب المضاربة فاذا ربح كان الربح له.

ولكن الكلام في أصل الاطلاق، حيث أن الاطلاق عبارة عن عمومات المضاربة، وهذا العموم يحكم بأن العقد اذا وجد من العامل يكون تلقائياً من قبل المضاربة، لأن العامل له ولاية على التصرف بهذا المال بما يوجب الربح ولوكان ناوياً لنفسه، فان الربح يكون ربح المضاربة ويكون المالك مشتركاً مع العامل ولايقع مختصاً بالعامل الا أن يكون العامل ناوياً له على نحو وحدة المطلوب، والمفروض عدمه في المقام. وما أوجب مصير القوم الى هذه الجهة هو حكمهم بانقلاب النسبة الذي يبعد المصير اليه كل البعد.

الفرع التاسع: أن يقصد نفسه لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين

الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات الى نفسه وغيره. وعليه أيضاً يكون المبيع له، واذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصياً.

الشراء حتى يكون الربح له، فقصد نفسه حيلة منه. فان من الواضح كما تقدم أن العامل ولي في المعاملة بهذا المال لما يوجب الربح، وقد قلنا بأن العمال بعد اجراء العقد تكون نيابتهم من المالك وان معاملاتهم تكون للمالك بل للمال بما يوجب الربح، فلوكانت نيتهم لأنفسهم بعد أن كانوا نائبين فلا سلطنة لهذا المال في غير من ينوب عنه في أعماله، فاذا قصد غير من هو مسلط على عمله لايقع العمل لمن قصد بل يقع للمنوب عنه. ولايكون وقوع العمل للمنوب عنه قصدياً، لأن المنوب عنه له السلطنة على ذلك، فيقع للمنوب عنه تلقائياً كما عرفت.

وأما ما ذهب اليه الماتن، فان ذلك بناءً على عدم النظر الىٰ العقد فيصح، وأما على ما قلناه بأن العقد عبارة عن سلطنة العامل على المال لحصول النفع من المالك والعامل بقبوله لهذا العقد يكون قد سلط المالك على عمله لايجابه الربح، فيكون كلا الجانبين بايجابه العقد و قبوله موجباً لتسلط المالك على عمل العامل. فهذا التسلط يوجب جهتين كما ذكرناه مراراً، و هو أن العامل لايكون مسلطاً على ضد هذا العمل، و عدم تسلطه يوجب كون كل ما يصدر منه في هذه الخطة المبانة بينه و بين المالك. هذه جهة، و جهة ثانية يكون العامل مسلطاً على مال المالك بما يوجب الربح.

وعليه فلونوىٰ لنفسه في مقام الشراء في الذمة يكون هذا الشراء للمضاربة، لأنه مسلط من قبل المالك لهذا العمل، ولا يحتاج الى كونه ناوياً عن المالك، بل لايكون له أن ينوي للمالك، لأن المالك سلطه على المال. فلو نوىٰ المالك يكون مخالفاً للعقد، بل لايكون عاصياً بهذه النية، لأن السلطنة له من قبل المالك، فلايكون له أن ينوي المالك. ولو نوى المالك أيضاً لابأس به، الا أن تكليفه الوضعي هو أن ينوي نفسه لا المالك.

ولو اختلف البائع والعامل في أن الشراء كان لنفسه أو لغيره – وهو المالك المضارب – يقدم قول البائع، لظاهر الحال، فيلزم بالثمن من ماله، وليس له ارجاع البائع الى المالك المضارب.

وعلى هذا فان القاعدة تقتضي كون العامل اذا نوى نفسه يكون الشراء للمضاربة ويكون الربح ربحاً مضاربياً في صورة الاطلاق، ولو وفى بمال المضاربة يكون تكليفه الوضعي مقتضياً لذلك وكان الدفع صحيحاً ولايكون موجباً للاختلال في أمانته ولم يفعل المحرم نتيجة للاطلاق في العقد، لأن العقد يقتضي ذلك ولم يكن فعله منافياً لمقتضى عمله و سلطته الآتية من العقد.

فعلى هذا يكون كلام الماتن وباقي العلماء «قدس الله أسرارهم» صحيحاً بناءً على صحة انقلاب النسبة و عدم النظر لعموم باب المضاربة لباقي العمومات. وأما ماذهبنا اليه من عموم باب المضاربة يكون باجراء العقد و بايجابه لتسلط المالك على العامل في عمله الموجب للربح و قبول العامل قبولاً لهذا التسلط على المال لايجابه الربح، فيكون الربح الحاصل في المقام له مقدمتين: الأولى تسلط المالك على عمل العامل، والثانية تسلط العامل على هذا المال.

و من هنا قلنا مراراً أن العامل له الولاية على هذا المال لايجابه الربح، فيكون الاطلاق مقتضياً لذلك، الا أن يكون تصرفه في هذا المال على نحو وحدة المطلوب منافياً لهذه الولاية، والمفروض عدمه.

الا أن يدعى ذلك في استفادته من كلام الماتن، فالأمر كما ذكره الماتن، الا أن هناك لابد من قرائن تدل على ذلك، والمفروض عدمها. و سنبين ذلك في المسألة الآتية.

وأما في المقام فيكون عمل العامل مقتضياً لما يقتضيه الحكم الوضعي الذي يدل عليه عقد المضاربة.

الفرع العاشر: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات الى نفسه و غيره.

وقد تقدم أن عمله كذلك هو ما تقتضيه المضاربة ويكون الشراء مضاربياً، لأنه

....

لايكون مسلطاً على ضده، فقهراً اذا كان هناك عقد مضاربة تقتضي كون العامل وكل مايفعله في المضاربة يكون واقعاً لمقتضىٰ عقد المضاربة، فلايكون المشتراة له وما يدفعه من مال المضاربة لايكون عاصياً، لأنه فعله بمقتضىٰ عقده الوضعي المضاربي.

الفرع الحادي عشر: لو اختلف البائع والعامل في أن الشراء كان للعامل بنحو وحدة المطلوب أو كان الشراء لمال المضاربة، فان كان هناك قرينة تؤيد البائع فيؤخذ بها وكان الثمن على ذمة العامل. وأما اذا لم تكن هناك قرينة من ذكر نفسه الدال على وحدة المطلوب، فان العامل بعد أن كان مسلطاً على المال وكان أميناً فلا اشكال في أنه يقدم قوله.

وأما ظاهر الحال فان البائع قد باع المثمن للعامل، و نتيجته أن العامل ملتزم بدفع الثمن، فاذا دفعه من مال المضاربة يكون البيع مضاربياً والربح بينهما. ولكن ظاهر الحال يقتضي أن يكون العامل ضامناً للثمن، وأما المعاملة فتكون بمقتضىٰ عقد المضاربة و ولايته لمال المضاربة تصبح مضاربة كما تقدم مفصلاً.

ومن الواضح أن الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم حكموا بأن الشراء مطلقاً يكون للمالك -أي لمال المضاربة- وهو صحيح. وأما الاشكال عليهم فهو من قلة التدبر في كلامهم.

وأما القرآئن التي ذكرناها فتكون في مورد تلفظ العامل بأن هذا الشراء لي من دون ربط بمال المضاربة، فانه يكون الأمر كما قاله القوم، والا فاطلاق العقد وعدم التصريح بخلافه يكون الأمر كما ذكرناه، وهو الأقوىٰ. أو يكون المالك شارطاً حين العقد أن تكون المعاملات بأسمي مصرحاً، فيصح كلام القوم.

وأما اذا كان هناك اطلاق ولم تكن قرآئن لاحالية ولا مقالية، فيكون عقد المضاربة جارياً على منواله، ويكون العمل من العامل مطابقاً للولاية الناتجة من العقد للانتفاع من هذا المال، ويكون له مقدمتان احداهما المالك والثانية العامل

(مسألة ١٣)- يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة اليه والى تلك التجارة في مثل ذلك المكان والزمان من العمل، و تولي ما يتولاه التاجر لنفسه من عرض القماش والنشر والطي و قبض الثمن وايداعه في الصندوق ونحو ذلك مما هو اللائق والمتعارف. و يجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره، مثل الدلال والحمال والوزان والكيال وغير ذلك، و يعطي الأجرة من الوسط.

ولو استأجر فيما يتعارف[١] مباشرته بنفسه فالأجرة من ماله، ولو

كما لايخفىٰ.

[١] بعد ولاية العامل الحاصلة بمجرد العقد له، فله العمل بما يجلب الربح دون مطلق التجارة ولو لم يجلب الربح. فهذه الولاية من العامل أيضاً لا تشمل مطلق الاذن.

وعلى هذا فالولاية الحاصلة للعامل المستفادة من ايقاع عقد المضاربة تُحتم على العامل أن يصرف مايكون دخيلاً في حصول الربح كائناً من كان.

و نتيجة ذلك: ان هذا الصرف مستفاد من العقد ولو لم يكن دخيلاً في التجارة، و كذلك لو فرض عدم استفادته من عمومات الاذن، فكل مايكون كذلك للعامل الولاية على ذلك.

وأما ما تقتضيه عمومات التجارة و عمومات الاذن و عمومات المضاربة -ولو أنها على ثلاثة انحاء- الا أن عموم المضاربة له نحو نظر الى باقي العمومات، بحيث يكون في باب المضاربة لابد وأن يفعل العامل مايوجب الربح ولو كان خلاف ما تقتضيه عمومات التجارة أو كان خلاف ما تقتضيه عمومات الاذن، فان عموم باب المضاربة ولو اقتضىٰ أمراً يكون دخيلاً في الربح يقتضي ذلك ولولم تقتضيه باقي العمومات، فيكون له نحو نظر الى باقي العمومات في كل ما يجلب

تولىٰ بنفسه مايعتاد الاستيجار له فالظاهر جواز أخذ الاجرة أن لم يقصد التبرع.

و ربما يقال بعدم الجواز، وفيه أنه مناف لقاعدة احترام عمل المسلم المفروض عدم وجوبه عليه.

الربح بعد أن كانت العمومات الثلاثة واردة على المال في عرض واحد، الا أن لعمومات المضاربة تكون نحو حكومة على باقي العمومات. فلو كان عموم التجارة مقتضياً لأمر ولكن كان مقتضىٰ باب المضاربة أمراً يغاير ذلك ، فان في باب المضاربة لابد من الأخذ به و عدم الأخذ بباب التجارة، وهكذا الأمر في باب عمومات الاذن. فلابد من ملاحظة دليل الحاكم -أى دليل عمومات بل المضاربة- فالأعمال الدخيلة في حصول الربح قبول العامل للعقد يحتم عليه العمل به كما ذكره الماتن.

وأما الفرع الأخير الذي استشكل فيه الماتن وحكم بأن العامل يمكن له أخذ الوزان و غير ذلك ، وأما اذا كان أمراً يكون دخيلاً في الربح ولكن كان بحيث يمكن الاستيجار عليه و عدم مباشرته بنفسه و مع ذلك لم يستأجر عليه و باشره بنفسه، فهل يمكن أخذ الأجرة على هذا العمل زايداً عما يقتضيه الربح الحاصل من العمل بهذه المضاربة؟ قد يقال بعدم استحقاقه لأخذ أجرة زائدة على ما ينتقع بهذا المال من جهة المضاربة، لأن الماتن حكم باستحقاقه أجرة للعمل الذي لوأراد أن يستأجر عليه لتمكن، لأن فعله دخيل في حصول الربح واستشهد بعموم احترام فعل المسلم.

ورد عليه بعض الأساتذة: بأن العمل الحاصل من العامل قد عوض بمقدار من الربح ولم يكن في البين دليل على استحقاقه لأزيد من ذلك في أعماله، فاذا أتى بما لوكان آتياً غيره به لأخذ الأجرة ولكن مع اتيانه العامل بذلك لايمكن له أخذ الأجرة، لأن عمل المسلم يكون محترماً، الا أن تكون الأجرة عليه مأخوذة سلفاً، فلايمكن أخذ الاجرة عليه زائداً عما يصل اليه من الربح.

(مسألة ١٤) - قدمر أنه لايجوز للعامل السفرمن دون اذن المالك. ومعه فنفقته في السفرمن رأس المال، الا اذا اشترط المالك كونها على نفسه.

وعن بعضهم كونها على نفسه مطلقاً. والظاهر أن مراده فيما اذا لم يشترط كونها من الأصل.

و ربما يقال له تفاوت مابين السفر والحضر. والأقوىٰ ما ذكرناه من جواز أخذها من أصل المال بتمامها من مأكل و مشرب و ملبس و مسكن و نحو ذلك ممايصدق عليه النفقه، ففي صحيح علي بن جعفر عن أخيه ابي الحسن عليه السلام في المضارب: ما انفق في سفره فهو

وعلى هذا فلايكون مجال لقاعدة الاحترام.

والتحقيق ان العامل يكون وكيلاً عن المالك و نائباً عنه و ولياً على المال لجلبه الربح، وهذه الولاية قد عوضها المالك بشراكته في الربح على مقدار التوافق، فان بعض الأعاظم حكم بأن النيابة والوكالة عن المالك تشمل نفسه باطلاقه، فاذا شملت الاطلاق و وظيفته جلب الربح وهويشمل نفسه كما يشمل غيره الموجب لاستيجار الغير للعمل كذلك الاطلاق يشمل نفسه، فيمكن أن يأخذ الأجرة للعمل الآتي به بنفسه، كما يمكن له استيجار الغير، فاطلاق النيابة والوكالة يشمل نفسه أيضاً.

ولكن كما قلنا ان العامل لاتشمله أدلة احترام عمل المسلم، لأنه مقدم على المضاربة، واقدامه على المضاربة قد أخذ عوضه بالحصة المبنية عليها. والاطلاق المدعىٰ في المقام لايشمل فعل نفسه، لأنه مقدم عليه. فلايمكن الانتفاع بالمال لفعل نفسه، كما صار اليه بعض الأساتذة، لأنه معوض بالربح، فكل مورد عمل العامل به لوكان غيره عاملاً به لاستحق الأجرة، فان عمل العامل بنفسه يكون مضمون الأجرة سلفاً كمالا يخفىٰ.

من جميع المال، فاذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه. هذا وأما في الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً الا اذا اشترط على المالك ذلك [١].

---

[١] في هذه المسألة فروع:

الفرع الأول: اذا سافر مع اجازة المالك فقد قام المشهور -بل ادعي عليه الاجماع- في أن مصارف السفر من أصل المال، كما يدل عليه صحيحة على بن جعفر(١). والظاهر من الرواية أن الضارب معنى ذلك ان يكون لسفر المضاربة لا أن يكون لغيرها. هذا أولاً.

و ثانياً الظاهر من الرواية أن مع ظهور الربح كان الانفاق محسوباً عليهما بالنسبة، ولو استلزم الانفاق نقصاً في رأس المال كان الربح وقاية له، لأنه بمنزلة الخسارة في احتسابها من الربح.

وعليه فلولم يظهر بعد ربح كانت النفقة من أصل المال، فمع تجدد الربح يتم به رأس المال ثم يحتسب البقية على الحساب.

والظاهر المنساق من النص والفتوىٰ أيضاً صورة الاذن في السفر، فلا يشمل صورة نهيه عنه وان كانت المضاربة صحيحة. كما أن الظاهر من قوله «المضارب» أن من النفقة ما يحتسب مقدمة للعمل بالمال لأجل حصول الربح لاغيره. و نتيجة ذلك: ان العامل لوسافر وكان له شغلان أحدهما الشغل بالمال والثاني أمر آخر لاربط له بالمضاربة، لايمكن أن يصرف كل مال المضاربة، وانما له الصرف من مال المضاربة بمقدار عمله في المال والباقي من مال شخصه، والمنصرف منه صورة عدم تفريطه بالزائد عما يحتاج اليه عادة كما يظهر من المسائل الآتية.

الفرع الثاني: ان المنساق من النص والفتوىٰ ذلك، الا أن يشترط المالك كون مصرف سفره من ماله الشخصي أو الربح الحاصل من المضاربة الراجعة اليه

---

(١) الوسائل باب: ٦ من كتاب المضاربة.

....

شخصياً.

وفي هذا المقام اذا اشترط المالك على العامل أن سفره للمضاربة تكون نفقته من ماله الشخصي كما قلنا، فهل هذا الشرط صحيح أم لا؟ فان العمل الصادر في السفر بعد أن كان مضاربياً فشرط كون النفقة من مال العامل يكون شرطاً خلاف مقتضىٰ العقد، فلا يصح ذلك.

ومن الواضح أن المضاربة شرعت لأجل مصلحة الربح، وفي هذا المجال فان الرواية انما شرعت السفر و مصرفه من أصل المال الذي يتساوى فيه العامل والمالك.

وأما اشتراط كونه من العامل فيكون خلاف مقتضىٰ العقد، الا أن للعامل أن يتبرع بمصرفه في السفر على نفسه، فذلك يجوز وان كان خارجاً عن الشرط ولا تشمله أدلة الشرط.

الفرع الثالث: أن الظاهر من الرواية كون المضارب -أي من كان سفره للمضاربة- تارة يكون مقتضىٰ حاله و شخصه في الصرف، وأخرى يكون مقتضىٰ مضاربته في الصرف، فان الصحيحة تفيد كون الذي تقتضيه مضاربته من الصرف من أصل المال، وأما المصارف الشخصية التي لا تكون دخيلة في وجود الربح فلا تكون من المال الذي يكون مشتركاً فيه العامل والمالك.

الفرع الرابع: ان الرواية تكون ظاهرة في أن المضارب نفقته في السفر من أصل المال في حالة كون العامل والمالك كليهما يتحملان المصرف اذا كانا رابحين ومن المال وحده اذا لم يكونا رابحين على التفصيل الذي مرّ الكلام فيه، فالاشعار بالمضارب يظهر منه أن العامل في مال المضاربة في حال كونه مضارباً يكون صرفه في السفر من أصل المال، فلوكان في السفر له مصرف شخصي قلنا بأن هذا المصرف الشخصي لايمكن أخذه من أصل المال بل يكون من كيسه الخاص، ولو كان من جميع المال فلابد وأن يحسب من الربح الواصل اليه بعد ذلك.

(مسألة ١٥)- المراد بالنفقة مايحتاج اليه من مأكول و ملبوس و مركوب وآلات يحتاج اليها في سفره و أجرة المسكن ونحو ذلك، وأما جوائزه و عطاياه وضيافاته و مصانعاته فعلى نفسه الا اذا كانت التجارة موقوفه عليها [١].

و مثل هذا المقام ما يصرفه المضارب في الحضر من المصارف الشخصية فانها تكون على عاتقه، وأما المصارف التي تكون دخيلة في تحصيل الربح كجوائزه التي تكون منشئاً للزيادة في الربح، فان كون الشخص مضارباً تكون عهدته على جميع المال وان مقتضىٰ كونه مضارباً ذلك.

نعم الهدايا الشخصية غير الدخيلة في زيادة الربح تكون عليه ومن مال نفسه، وأما الدخيلة في زيادة الربح ولو لم تكن دخيلة في التجارة فان الرواية ظاهرة فيها، لأن التجارة والربح بينهما عموم من وجه. ولكن قد عرفت بما لامزيد عليه أن دليل المضاربة له نحو نظر الى ذلك اذا كان دخيلاً في وجود الربح، فلوكان أمراً دخيلاً في الربح يمكن له أخذه ولوكان في حال الحضر لحكومة المضاربة لذلك.

وأما بحساب مصارفه الشخصية فلايمكن أخذها من مال المضاربة، فيمكن أن يعطيه الرخصة في الصرف منه، ولكن لايكون ذلك بالاذن من صرف ماله مجاناً. ولايكون من قبيل صحة الشرط، لأن الاشكال المتقدم في الاذن بصرف المال في السفر يكون نفس الاشكال وارداً في المقام، لأن ذلك خلاف مقتضىٰ عقد المضاربة، سواء كان الشرط من قبل المالك أو من قبل العامل. ففي كل هذه الموارد يمكن الاذن في التصرف من المال الشخصي، ولا يمكن اشتراط ذلك كما ذكرناه.

[١] قد ذكرنا مراراً أن الميزان هو كيفية حصول الربح لا كيفية التجارة، وقلنا أيضاً ان النسبة بين عمومات المضاربة و عمومات التجارة هي من وجه.

ومن الواضح أن شأن العموم من وجه هو التعارض في مورد الاجتماع، الا أن دليل المضاربة يكون ناظراً الى مورد حصول الربح، فيحكم بتقدمه ولو كان عموم

(مسألة ١٦)- اللازم الاقتصار على القدر اللائق، فلو أسرف حسب عليه. نعم لوقتر على نفسه أوصار ضيفاً عند شخص لايحسب له[١].

(مسألة ١٧)- المراد من السفر العرفي لا الشرعي، فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة. كما أنه اذا أقام في بلد عشرة أيام أو أزيد كان نفقته

التجارة نافياً له، كما ذكرناه مراراً.

وفي مورد لم تكن عمومات الربح شاملة له، فان المالك أو العامل لو أجازا لكل منهما الصرف فيما لاضرورة في الربح يكون ذلك له،ولكن اشتراط ذلك مورد للشبهة كما بيناه. ولاعبرة بعمومات التجارة، فيلزم على العامل الصرف في مورد ما كان مقتضياً للربح ولوكانت عمومات التجارة غير مقتضية له، وذلك في كل الموارد التي ذكرها الماتن كمالا يخفى.

[١] لا اشكال كما ذكرناه سابقاً أن سفر المضارب للمضاربة لابد وأن يكون خالياً من التعدي والتفريط لاقتضاء أمانته ذلك، و قلنا بأن المضارب لابد وأن يكون متخلياً عن الاسراف الموجب لكونه مع التعدي والتفريط خارجاً عن كونه أميناً.

نعم اذا كان الصرف بحد الاسراف لغرض عقلائي، مثل ما كان للزيادة في الربح، فلايعد اسرافاً. وعليه فما استشهد به بعض الأساتذه من كلمات بعض الأعاظم من حيث اذن المالك. لاوجه له، لأن المناط هو حصول الربح والصرف لهذا الغرض كماهو واضح.

وكذلك الحال فيما اذا صار ضيفاً عند شخص، فان المناط فيه حصول الربح، فربما تكون الضيافة عند شخص موجبة لصرف مقدار أزيد من المال اذا لم يستضف عنده، فالمناط هو حصول الربح، ويكون الربح ذا مراتب تشكيكية، وكل ما كان أعلى كان العموم شاملاً له كماهو واضح.

وأما اذا قتر على نفسه فقهراً لايحسب له، كما هو في مسألة الخمس حيث يخرج منه المؤن.

من رأس المال، لانه في السفر عرفاً. نعم اذا أقام بعد تمام العمل لغرض آخر — مثل التفرج أولتحصيل مال له أولغيره مماليس متعلقاً بالتجارة — فنفقته في تلك المدة على نفسه. وان كان مقامه لما يتعلق بالتجارة ولأمر آخر، بحيث يكون كل منهما علة مستقلة لولا الآخر، فان كان الأمر الآخر عارضاً في البين فالظاهر جواز أخذ تمام النفقة من مال التجارة[١]، وان كانا في عرض واحد ففيه وجوه، ثالثها التوزيع، وهو

---

[١] ذكر في المقام فروعاً لهذه المسألة لابد من الاستشهاد عليها بالأدلة:

الفرع الأول: ان السفر يشمل السفر المطلق، سواء كان فرسخين أو ثلاثة أو أزيد، فان اطلاق الصحيحة يشمل السفر بكل المسافات التي تصدق عليه بعد صدق السفر للمضاربة.

الفرع الثاني: ان الاشعار بأن سفر المضارب يحكم بان السفر والاقامة بأي نحو كان هولأجل التجارة المربحة، يكون اطلاق الصحيحة شاملاً له. وأما بعد اتمام العمل والتفرج، فان كان ملحقاً بالمضاربة عرفاً بأن التفرج يوجب استقامة العامل في عمله للمضاربة فيكون من شؤون المضاربة و قهراً تكون الصحيحة شاملة له.

وأما اذا تمم عمله وكان بقاؤه في السفر لأمر آخر لاربط له بعمل المضاربة ولكن كان السفر لأجل المضاربة وقد تمت و بقي لأمر آخر غير مرتبط بالمضاربة ولايكون له مقدمة ممهدة للعمل بالمال وحصول الربح، فلا يكون ذلك محسوباً من أصل المال، لأن الصحيحة انما تكون فيما صرفه المضارب في السفر، فلابد من أن يكون هذا الوصف متحققاً حتى يمكن له الصرف في السفر. وأما اذا كان السفر لأجل حصول الربح ولكن بقاؤه لايكون لأجل حصول الربح لايكون متلبساً بهذا الوصف، فلا يحق له الصرف من المال، لأن الصفة لم تتلبس بذلك. ومنه حينئذٍ يظهر الفرع الآتي.

الفرع الثالث: فان كان سفره لأجل المضاربة وأمر آخر وكان الداعي على السفر كلا الأمرين — بحيث يكون الانبعاث الى الامرين هو القصد الى المضاربة

الأحوط في الجملة، وأحوط منه كون التمام على نفسه. وان كانت العلة مجموعهما -بحيث يكون كل واحد جزء من الداعي- فالظاهر التوزيع.

وكان القصد الى الآخر أيضاً علة تامة- فيكون لهذا المسافر علتين.

ولكن الأمر لايكون بهذه المثابة، لأن العرف في هذه الموارد لايرىٰ الا الخارج والرواية وانما يحكم بما هو خارج ولا يكون العرف ناظراً الى الأمور الذهنية والقصد من الأمور الذهنية التي لايكون العرف ناظراً اليها بل يكون الخارج مورد نظر العرف، فلو كان قاصداً المضاربة وأمراً آخر بحيث كان كليهما علتين تامتين في انبعاثه الى السفر، واقدام المضارب الى السفر يكون منبعثاً من هذين الأمرين ولكن كان صرفه في الخارج لأجل حصول الربح والتجارة وكان أمره في الشغل الآخر لم يصرف فيه المال أو الوقت كان ذلك كله مأخوذاً من أصل المال، و كذلك العكس يحكم بالعكس.

وأما اذا كان صرف المال للأمرين معاً وكان المأخوذ مقسطاً على الأمرين كل بحسبه، وهذا مستفاد من قوله «المضارب سفره من أصل المال» فاذا كان الأمر وارداً علىٰ الخارج كان الأمر على هذا المنوال.

وعلى هذا فلوكانْ السفر للمضاربة أولاً و بالذات وكان الشغل لغير المضاربة ثانياً و بالعرض، لايكون مناطاً في الصرف، بل ماصرفه في الخارج يكون مناطاً، ولايكون ما لأجله أوجد السفر وما لا يكون وجود السفر لأجله مناطاً.

وعليه فلو سافر لأمر آخر و لم يكن سفره للمضاربة اصلاً وعلم أن الجنس الذي يريد به المضاربة وافر الربح واشترىٰ ذلك، لايكون هذا السفر سفر المضاربة والسفر للأمر الآخر ان صرف فيه المال يقسط وان لم يكن صارفاً فيه المال لايقسط.

وأما كلام الماتن بأن يكون السفر لكلا الأمرين، فانه في صورة كونه لاجل المضاربة ولكن في الأمر الطارئ مثل حمله له في أثناء سفره، فهل يقسط أو أن

(مسألة ١٨)- استحقاق النفقة مختص بالسفرالمأذون فيه، فلو سافر من غير اذن أوفي غير الجهة المأذون فيه أومع التعدي عما أذن فيه، ليس له أن يأخذ من مال التجارة[١].

مصارفه تؤخذ من اصل المال؟

في هذا المقام يكون الاستصحاب حاكماً بأن مصرفه في هذه الصورمن أصل المال، لأن المورد كان خروجه لأجل التجارة وكان هناك أمر آخر حادث، فيجري استصحاب كون السفر لأجل التجارة. وكذلك العكس، بأن كان السفر لأمر آخر ولكن بعد أن سافر و علم أن الجنس في المقام ذا ربح كثير واشتغل بالتجارة، فان الاستصحاب يحكم بأن الصرف لابد وأن يكون من كيسه، لأن المضاربة أمر طارئ.

وفي المقام يكون من قبيل استصحاب الحكم، لأن السفر يكون من قبيل الأمر الطارئ.

والاحتياط الذي ذكره الماتن يكون لأجل الشك الموجود مع الحكم بالابقاء كماهو واضح، ويكون الاحتياط استحبابياً. وأما في غير ذلك فمن المؤكد أن القاعدة تقتضي التوضيح بالمعنى الذي ذكرناه.

[١] اذا كان مأذوناً في السفر فقد تقدم أن العامل يمكن أن تكون مصارفه من أصل المال، كما يشهد به النص والفتوى.

وأما اذا سافر مع الأمر بعدم السفر، أو كان مأموراً للسفر الى جهة معينة فسافر الى غيرها، أو كان مأموراً بشراء شئ معين في السفر فاشترى غيره. فان الأمر بالشئ لما لم يكن مقتضياً للنهي عن ضده لا تكون المعاملة والاذن العام للمضاربي بعصيان هذا الأمر مخدوشاً فيه، ولكن هذا العصيان يجعل العامل خائناً، فلا يمكن أن يتصرف بالمال لأجل السفر وحيث أن الاذن في المضاربة موجود تكون المعاملات التي تحصل من العامل العاصي حتى في سفره لجعل الربح بينهما. وهذا بخلاف ما اذا كان الأمر منهياً عنه من قبل المالك، فانه يختلف عن ذلك

(مسألة ١٩) - لو تعدد أرباب المال - كأن يكون عاملاً لاثنين أو أزيد، أو عاملاً لنفسه و غيره توزع النفقه، وهل هو على نسبة المالين أو على نسبة العملين؟ قولان [١].

كما ذكرناه سابقاً.

وقد ذكرنا سابقاً و نطقت به الروايات أن مع خيانة العامل في عصيانه لأمر المالك يضمن رأس المال والنفع العائد من المضاربة تماماً.

[١] لا اشكال في أن العرف يحكم في المقام بأن المضارب اذا كان سفره لأجل مضاربات متعددة تكون مصارف سفره من جميع المال يوزع بينهم بالنسبة.

والكلام في هذه النسبة، فان الصحيحة تحكم بأن المال الأصلي يكون محطاً لصرفه، و قهراً اذا كانت هناك مضاربات متعددة يكون التوزيع على الأموال.

ولايمكن أن يكون المصرف خارجاً بنسبة العملين، لأن العمل في المضاربة مجهول، اذ يمكن أن يكون قليلاً والربح كثير و يمكن كونه بالعكس.

وعلى هذا فبناء المضاربة على مجهولية العمل، فلا يمكن أن يكون كثرة العمل و قلته مناطاً. ولكن يمكن أن يقال: بأن الشخص المضارب اذا كان قاصداً للسفر لأجل المضاربة وفي أثناء مسافرته أتى شخص و حمله باشتراء شئ في سفره، أو أنه سافر لأجل مضاربة المالك ولكن حوائجه الشخصية غير المربوطة بالمضاربة قد اشتراها في السفر، فان هذا نظير المقام السابق الذي يكون في الأمور الجزئية، فيمكن أن يقال بأن الاستصحاب يحكم بالصرف من أصل مال المضاربة. وأما اذا كان عاملاً لاثنين وكان مضارباً لهما، فلا اشكال في كونه مورداً للتوزيع.

ومن الواضح أن المراد من التوزيع في المقام هو التوزيع الواقعي، لأن العامل انما يكون سفره لأجل المضاربة، ولابد من الصرف في سفره. ولا اشكال أن العامل لايريد زيادة عن مصارفه، فيقتضي أن يكون صرفه من جميع المال ويكون توزيعاً واقعياً، لا أنه يكون على علم به، اذ الصحيحة كما تشمل المضاربة الواحدة

(مسألة ٢٠) - لايشترط في استحقاق النفقه ظهور ربح، بل ينفق من أصل المال وان لم يحصل ربح أصلاً، نعم لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح و يعطى المالك تمام رأس ماله ثم يقسم بينهما [١].

كذلك تشمل المضاربات المتعددة، و من المؤكد أن الصرف يكون من جميع المال.

وهكذا لوكان مال نفسه و غيره يكون صرفه من جميع المال، و نتيجته التوزيع الواقعي لا التوزيع القصدي، كما عبر به بعض الأساتذة تبعاً لبعض الأعاظم. وعلى هذا لا ترد بعض الايرادات.

[١]فان صحيحة على بن جعفر تحكم بأن مصارفه في السفر من جميع المال، فان قول: في المضارب ما أنفق في سفره من جميع المال لوكان رابحاً أولم يكن رابحاً فيكون صرفه من جميع المال فاذا كان رابحاً يكون صرفه من جميع المال فقهراً يكون الصرف من حصته أيضاً.

و نتيجة ذلك أن مع عدم الربح أيضاً من جميع المال، و يكون رأس المال أمانة عند العامل، فمصارف السفر تخرج من المال لكونه مضارباً. و بعد حصول الرواية يحكم بكون مصارف السفر من الربح، لأنه كالخسارة والباقي يكون على الحساب بينهما.

والصحيحة ظاهرة في ذلك، لأنها تحكم بأن المضارب كل ماينفق في سفره فهو من جميع المال، فاذا قدم فما أنفق فمن نصيبه.

فالظاهر أن مع ظهور الربح يكون الانفاق محسوباً عليهما بالنسبة الواقعية. ولو استلزم الانفاق نقصاً في رأس المال كان الربح وفاءً له، لأنه بمنزلة الخسارة والعامل أمين كما قلنا، فكان الربح وقاية له وأنه بمنزلة الخسارة في احتسابها من الربح.

وعليه فلولم يظهر ربح بعد كان اطلاق الصحيحة شاملاً له وكانت النفقة من أصل المال، و مع تجدد الربح بمقتضى أمانية يد العامل لابد وأن يتم العامل رأس

(مسألة ٢١)- لو مرض في أثنـاءِ السفر، فان كان لم يمنعه من شغله فله أخذ النـفقة، وان منعـه ليس له. وعلى الأول لايـكون منها مـايحتاج اليه للبرء من المرض[١].

المال ثم يحتسب البقية على الحساب و تكون المضاربة ذات مقدمة و يكون صرف العامل المال باعتبار مقدميـته للربح، لما قلنا سابقاً من أن عقد المضاربة عبارة عن تسلط المالك للعامل بـماله و العامل بقبوله يسلط المالك، وهذا يكون بأزاء المنافع التي تكون لـلعـامل والمالك، فـتسليـط المالك لعمل الـعامل و تسليط العامـل على ملك المالك يكون له مقدمية للمنافع- أي الربح الحاصل من المال.

وعلى هذا فان هـذه المقدمية توجب أن يكون تصرف الـعامل في المـال بمقدار يقتضي المقدمية، وكذلك تسلط المالك لعمل العامل بمقدار تقتضي المقدمية، في السفر كان أوفي الحضر. وكـذلك الكلام في الفروع السابقة كلها على هذا المنوال في التصرفات كما ذكرناه.

[١] اذا مرض الـعامـل في السـفـر فهـل له أخـذ النـفـقة مـن المـال أو خصوص المرض الذي يـوجب تعطـيله للعمل، فـتكون مصارف المرض دائرة مـدار قعوده عن العمل و عدم قعوده كما ذهب اليه الماتن؟

فان الظاهر من الصحيحة أن مؤنة السفر تخرج من أصل المال.

ومـن الواضح أن الـمرض من لـوازم الانسـان، فهذه الـلوازم لوكـان الشـارع يريد استـثناء هـا لنـبه علـيه، فمن عـدم القرينة على ذلك فان الاطلاق يقـتضي أن يكون الصرف من ذلك.

و بعبارة أخرىٰ: تـارة يكون المرض مـما يصعب علاجه فالمصارف التي تصرف لأجلـه لايكون الاطلاق شامـلاً لهـا، لأن العرف لايرىٰ أن ذلك مـن لوازمـه الدائمة للانسان، فلا يمكن استفادة ذلك من الاطلاق، و يحتاج ذلك الى دليل آخر.

وأمـا الأمـراض التي تكون مـن لـوازم الانسان الدائمة وقل مـا يـتفق عدم ابتلاء الشخص بـها، فان اطـلاق المـؤنة يكـون شامـلاً لها، سـواء منـعت من الـعمل أو لم

(مسألة ٢٢)- لوحصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر، فنفقة الرجوع على نفسه، بخلاف ماااذا بقيت ولم تنفسخ فانها من مال المضاربة[١].

تمنع. فمصارف مرضه تكون من أصل المال، كما أن ذلك لايوجب خروجه عن كونه مضارباً.

وأما في الزوجة فلا كلام من أن المعاشرة بالمعروف شامل لها. و تشكيكات بعض الأساتذة كان من عدم ملاحظة كيفية الجمع العرفي، خصوصاً اذا كانت القرينة منفصلة.

وأما مبنانا في المقام فهو كمافي الزوجة، ولا مجال لتشكيكات الأعاظم من كون المرض في السفر الخاص أو غير ذلك، حيث أن التفصيل لامجال له في المقام، فان المعروف ملقىً الى العرف، و نتيجته هو المؤنة العرفية. ولايكون مجال للحمل على الكسوة والرزق كما صار اليه بعض الأساتذه، بل العرف حاكم على أن المرض أيضاً يحذو حذوه، كما تدل عليه أيضاً الصحيحة المذكورة في باب استحقاق الدواء للزوجة كماهو محرر في محله.

[١] لوحصل الفسخ في حال السفر فللعامل المضارب جهتان:

الجهة الأولىٰ: النفقة المحتاج اليها العامل في نفسه مع قطع النظر عن مسافرته.

الجهة الثانية: نفقة الرجوع هل يأخذها من المال أم لا؟

فان الصحيحة كانت حاكمة بأن نفقة المضارب في سفره من جميع المال، فقد علقت الحكم على الوصف، فاذا انتفىٰ الوصف انتفىٰ الحكم، فلا يمكن أن تكون نفقته في السفر ولا نفقته في الرجوع من رأس المال.

الا أن يقال: بأن الصحيحة ظاهرة في أن نفقة السفر من أصل المال و نفقة الحضر من نفسه، فقرينة المقابلة تحكم بأن نفقة السفر مادام متصفاً بالوصف يكون من أصل المال و نفقة الحضر من نفسه. وأما اذا خرج عن هذا الا تصاف بالفسخ أو

(مسألة ٢٣)- قد عرفت الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة، وأن في الأول الربح مشترك، وفي الثاني للعامل، وفي الثالث للمالك. فاذا قال: خذ هذا المال مضاربة والربح بتمامه لي. كان مضاربة فاسدة، الا اذاعلم أنه قصد الابضاع، فيصير بضاعة ولا يستحق العامل أجرة الامع الشرط أو القرآئن الدالة على عدم التبرع. ومع الشك فيه وفي أرادة الأجرة يستحق الأجرة أيضاً، لقاعدة احترام عمل المسلم. واذا قال: خذه قراضاً وتمام الربح لك. فكذلك مضاربة فاسدة، الا اذا علم أنه أراد[١]. القرض.

علم ببطلان المضاربة، فقرينة المقابلة تحكم بذلك، فتكون مصارف السفر مميزة من أول الامر، حيث خرج متصفاً بوصف المضاربة.

وعلىٰ هذا فلو انتزع منه عقد المضاربة لا تكون مصارفه الشخصية محسوبة على المضاربة لأنه غير مضارب، ولكن نفقة الرجوع لما كانت ممتازة من أول الأمر فيكون له ذلك، لأن كل سفر يكون الرجوع من ملحقاته. و هذا لا اشكال فيه.

الا أن الذي يمنعنا عن القول به هو الاجماع المسلم بأنه عند الفسخ أو الانفساخ لايجوز للعامل أخذ النفقة من أصل مال المضاربة.الا أن يقال:ان نظر المجمعين انماكان في المنع من نفقة العامل لا نفقة الرجوع. فلاحظ و تأمل.

[١] هاهنا ثلاث حقائق لابد من طرحها و توضيح الفرق بينها:

الحقيقة الأولىٰ- في معنىٰ المضاربة.

الحقيقة الثانية- في معنىٰ البضاعة.

الحقيقة الثالثة- في معنىٰ القرض.

فنقول: ان الجامع بين هذه المعاملات هو التصرف في السلطنة، ولكن تختلف في الجهات المترتبة علىٰ هذه السلطنة.

فان في المضاربة يكون المالك سلطاناً على رأس المال والعامل سلطاناً على

ولولم بذكر لفظ المضاربة، بأن قال: خذه واتجر بـه والربح بتمامه لي. كان بضاعة، الامع العلم بارادة المضاربة فتكون فاسدة.

عمله، فالمالك يسلط العامل على المال بأزاء تسليط العامل على عمله، والعامل يقبل تسليطه المالك و يسلطه على العمل بأزاء تسليطه على المال. و هذان السلطنتان تكونان مقدمتين لكسب الربح الحاصل من المال للمالك والعامل، فيكون جلب الربح للعامل والمالك داخلاً في حقيقة المضاربة، لأن المناط هو السلطنتان اللتان يكونان مقدمتين لجلب الربح لهما، فاذا لم يكن جالباً للربح لهما لايكون من عقد المضاربة. فمفهوم المضاربة هو الجالب للربح لهما دون جلب الربح لأحدهما.

وأما البضاعة فان هناك تصرف في السلطنتين، لأن المالك له سلطنة تامة على ماله والعامل له السلطنة على عمله لايزاحمهما أحد في ما استوليا عليه.

ولكن عقد البضاعة يكون عقد المنفعة للملاك و رأس المال، و على هذا فان العامل له السلطنة على عمله،ولكن هذه السلطنة لابد وأن تسلط المالك على عمله، لا بأزاء النفع العائد الى نفسه بل بقبوله لعقد البضاعة، بأن جعل هذا العمل باختيار المالك لجلب الربح للمالك. وعلى هذا لايكون العامل مطرحاً في عقد البضاعة وتكون هاتان السلطنتان لهما مقدمية لجلب الربح للمالك فقط، وتكون سلطنة المالك و سلطنة العامل لجلب الربح للمالك، ولا يستحق العامل من الربح شيئاً.

نعم مع عدم قصده المجانية يكون له أجرة المثل على الترتيب الذي سنذكره.

وأما القرض فانه عبارة عن التصرف في سلطنتين، أي سلطنة القارض الذي يملك المقرض بالمال وقبول المقرض لهذا المال. فالقرض يختلف عن العقدين، و ذلك لأن في عقد المضاربة كان المال كله للمالك وكان الربح الحاصل من هذا المال مورد اشتراك العامل والمالك، فرأس المال كان مختصاً للمالك ولايكون العامل ذا حق بالنسبة الى رأس المال أصلاً، وانما كان مأذوناً اذناً عاماً في التصرف في هذا لأجل جلب الربح، واذا حصل الربح كان العامل شريكاً مع

ولو قال: خذه واتجر به والربح لك بتمامه. فهو قرض، الا مع العلم بارادة المضاربة ففاسد.

المالك في هذا الربح، فكان العامل بمجرد حصول الربح يدخل الربح في ملكه، لا أن يكون بمقتضى قاعدة التبعية، فيكون داخلاً في ملك المالك ثم يخرج الى ملك العامل، بل بمجرد ظهور الربح يدخل في ملك المالك و يدخل المقدار المتوافق بينهما في ملك العامل أولاً و بالذات. وعليه لايكون للمالك بعد ايقاع عقد المضاربةحق في المقدار المتوافق من الربح بالنسبة الى العامل.

وأما البضاعة: فان المستفاد من عقد البضاعة أن العامل وان كان أميناً للمالك ويكون له السيطرة على المال، الا أن الربح الحاصل من هذا المال لا يكون للعامل، أي حق في هذا المال لا رأس المال لأنه للمالك، ولا للعامل السيطرة على الربح، كما أنه لم تكن له السيطرة على رأس المال.

واذا أراد المالك اعطاء أجرة المثل له فلابد وأن يدخل الربح في ملكه ثم يخرجه عنه لاعطائه للعامل. فتكون المضاربة مفهوماً و مصداقاً متغايرة عن البضاعة.

وأما بالنسبة الى القرض فانه يختلف عن هذه العقود، لأنه عبارة عن التمليك للعين بالضمان مثلياً كان أو قيمياً. وعلى هذا تكون العين ملكاً للمقرض و يكون المقرض ضامناً لما أخذه. فيختلف القرض عن البضاعة والمضاربة مفهوماً و مصداقاً كذلك، ولايكون له ربح لاحكماً ولا حقيقة، لأنه يدخل في الربا، ولا أجرة المثل أيضاً كذلك.

و بعد ماعرفت الفرق بين المضاربة والبضاعة والقرض فلابد من ذكر الفروع التي رتبها الماتن على هذه الاصول:

الفرع الأول: لوقال: خذ هذا المال مضاربة والربح لي. كان خلاف مقتضى المضاربة، لأن المضاربة تقتضي كون الربح على الشركة بينهما، و تصريح المالك بأن الربح لي يكون خلاف عقد المضاربة، الا أن تكون هناك قرائن حافة بمراده لعقد المضاربة.

و مع الفساد في الصور المذكورة يكون تمام الربح للمالك ، وللعامل أجرة عمله، الامع علمه بالفساد.

لكن يمكن أن يقال: بان القصد انما كان ناظراً الى أن الربح يتبع الأصل،و تخيل أن المضاربة أيضاً تكون كذلك ، فأنشأ المضاربة قاصداً منه تبعية الربح للأصل من جهة اشتباهه في اسناد الربح الى نفسه، بتخيل أن الربح في كل مورد يتبع الأصل، فكان قاصداً المضاربة عن جد ولم يكن قد قصد خلافها، ولكن اسند الربح الى نفسه من جهة هذا التخيل. فتكون المضاربة صحيحة.

وهذا يرجع الى أن المالك نزّل الربح منزلة الأصل عالماً بأنه مضاربة وكان قاصداً لها، فتصح المضاربة ولكن لا تكون للعامل أجرة، فيكون وكيلاً في التجارة.

وأما أجرة العامل الناشئة من عنوان المضاربة، فانا قلنا بأن اشتراك العامل في الربح داخل في قوام المضاربة، فان التعبير بأن هذه مضاربة والربح ليّ يكون قرينة حافة على شركة العامل في الربح، لأن بعد كون اشتراك العامل في الربح يكون داخلاً في قوام المضاربة و قلنا بأن انشاء المضاربة عن جد و تخيل كون الربح تابعاً للأصل، فيكون هذا التخيل قد أوجب ان يقول بأن الربح ليّ. وكون التعبير عن ذلك ناشئاً من التخيل فيكون تخلف الدواعي غير عزيز، فالقرائن الداخلية –أي القدر المتيقن في مقام التخاطب– انما يحكم بأن كلام المتكلم انما يحكم بقوله «ضاربتك» حتمية كون الربح مشتركاً بينهما، وأما قوله «والربح ليّ» وان كان متصلاً بكلامه الا أن هذا الاتصال لايوجب انثلام ظهور المضاربة في كون الربح مشتركاً بينه و بين العامل.

الا أن يقال: بأن قوله «الربح ليّ» يكون في قوة الاستثناء من قوله «ضاربتك». وعليه فينثلم ظهور المضاربة من كون الربح مشتركاً بينهما، ويكون قوله هذا داخلاً في البضاعة، لأن الأمر كما عرفت انما يكون في جهة منافع المالك لا العامل، بمعنى دخول الربح في ملك المالك ويكون المالك مختاراً في اعطائه الأجرة.

....

وهذا بخلاف المضاربة، حيث أن العامل المضارب باشتغاله بالعمل في المال و حصول الربح يكون المقدار المتوافق عليه يدخل في ملك العامل و يكون المالك مشتركاً مع العامل في الربح الحاصل من المال، ولايكون المالك تام الاختيار في الربح كما في رأس المال.

وعلى هذا فان كانت القرينة توجب انثلام الظهور في قوله «ضاربتك» و توجب أن يكون قوله ذلك و هذه القرينة موجبة لأن تكون المضاربة باطلاقها كون العقد الواقع لمصلحة العامل واقعاً لمصلحة المالك، ويكون عمل العامل بعد أن كان في المضاربة تمام الموضوع مع الربح الحاصل يصبح جزء الموضوع لجهة هذا الاستثناء.

وعلى هذا فان ذلك ان أصبح بضاعة فان العمل من العامل لايوجب أن يكون بدون الأجرة.

الفرع الثاني: اذا كانت المضاربة فاسدة فما أراد ايقاعه المالك لم يقع وما وقع لم يكن، الا الذي لم يكن مقصوداً للمالك ولا العامل فلا تكون الأجرة الا ما بنىٰ عليه المالك. وذلك لأن المالك قال «خذه مضاربة والربح لي» و بنىٰ عليه العامل على المضاربة بالمال و يكون الربح للمالك، فكان مضاربة فاسدة وكان العمل من العامل على أنه مضاربة فاسدة، حتى مع علمه بالفساد يكون له أجرة المثل، لأن مع علمه بالفساد لايكون مقدماً على العمل مجاناً، لأن المضاربة الفاسدة يضمن فيها أجرة المثل كما في المضاربة الصحيحة.

وعلى هذا يكون كذلك في البضاعة، فان الابضاع لما كان العامل متصرفاً في المال وقد عمل مايراد من البضاعة يكون له أجرة المثل، لأن العامل استوفىٰ عمله المراد من البضاعة، ولايكون العمل مجاناً، لأن العمل من العامل لايجعل له التسليط من المالك مجاناً، لما قلنا بأن البضاعة عبارة عن تسليط العامل على المال مقدمة لانتفاع المالك والعامل بهذا المال، فيكون تسليط العامل بالمال و

....

قبول العامل تسليط المالك للعمل، فهذان التسليطان يكونان مقدمتين للانتفاع بالنسبة للمالك و اجرة المثل بالنسبة للعامل لأجل عمله، فنفس قبول العامل يكون قرينة عامة على أن هذا الانتفاع لايكون الامقدمة لأجرة المثل.

وان كان العمل تبرعياً يحتاج الى قرينة مفقودة في المقام، فان عقد المضاربة لايقتضي أن يكون العمل مجاناً. و بعبارة أخرى: تسليط المالك للعمل لايقتضي أن يكون العمل مجاناً، بل يكون مع علم العامل ببطلان عقد المضاربة لايقتضي أن يكون عمله مجاناً، بل عمل بمقتضىٰ البضاعة وله أجرة المثل، لأنه استوفىٰ العمل فيكون للعامل أجرة المثل.

هذا اذا لم يكن ربح، فان الربح يرجع الى المالك، و يكون استيفاء العمل من العامل مقتضياً لأجرة المثل.

وأما اذا لم يكن هناك ربح وكان مضاربة فاسدة فلايكون العامل مستحقاً للربح ولا الأجرة أصلاً، لأن بناء المعاملة كان على الربح والمفروض أن الربح لم يحصل، فلايكون العامل مستحقاً لشئ أصلاً. ولا يكون المناط استيفاء العمل من دون ربح مطلقاً حتىٰ يكون استيفاؤه كافياً لاجرة المثل، فان اعطاء المال للعمل- سواء حصل ربح أو لم يحصل كمافي باب الاجارة- يكون الأمر فيه كما سلكه بعض الأساتذه و فرضه على الأصحاب (قدس الله اسرارهم).

ولكن ليس الأمر كذلك حيث حكم بقوله «خذ هذا مضاربة والربح لي»، فان فعل العامل يراد منه الربح ولكن كانت هذه مضاربة فاسدة، بل أريد منها العمل على حساب الربح، و ذلك لم يحصل فلايكون مستحقاً لأجرة أصلاً.

الفرع الثالث: في مورد الشك في أنه يستحق أجرة المثل أم لا، فقد عرفت مصير ذلك وان كلمات الأصحاب تكون في موردها، ولا يصغىٰ الى كلمات بعض الأساتذة فانها ناشئة من عدم الالتفات.

وعلى هذا فلو شك العامل في أنه هل يستحق أجرة المثل أم لا؟ فان عمل

....

المسلم محترم ان لم يكن شرط الربح. واما مع اشتراط الربح و فرض عدم حصوله فلايكون هناك عمل حتى يحكم باحترامه لقوله «والربح لي» كمالا يخفى.

الفرع الرابع: اذا قال: خذه قراضاً وتمام الربح لك. فان المضاربة تكون حقيقتها كون الربح مشتركاً بين العامل والمالك، وتصريح المالك بأن الربح لك يكون منافياً لارادة القراض.

و من ناحية أخرى: يكون عقد القرض - كما بينا - عبارة عن تمليك المقرض للمال من جهة المقترض، فيكون المقترض يملك ما اقترضه و ضامناً لعوضه، فيكون مبايناً لعقد المضاربة والبضاعة من وجه، لأن كلاً منهما وان كانا متصرفين في السلطنة الا أن التصرف في السلطنة في القرض يباين التصرف في الأمرين الآخرين.

و نتيجة ذلك: ان العامل يملك رأس المال في المقام دون الوجهين الآخرين، ولايكون المالك مطالباً للربح ولا العمل كمافي الوجهين المتقدمين، فيكون التعبير بـ«خذ هذا المال قراضاً والربح لك» فيكون ارادة المتنافيين، وفي مورد ارادة المتنافيين لا تكون مضاربة أصلاً. وأما كونه قرضاً فذلك انما يكون في مورد يكون فيه مملكاً للمال.

ومن الواضح أن كلام المالك «خذه والربح لك» ظاهر في عدم تمليكه لرأس المال، فيكون غير داخل في القرض أيضاً، للقرينة الصارفة عن كونه مملكاً.

و نتيجة ذلك: ان المال الذي أعطاه المالك للعامل لايكون قرضاً ولا مضاربة ولا بضاعة، لأن في مورد البضاعة يكون الربح للمالك، ويكون العمل من العامل موجباً لاستحقاقه الربح، ولايكون الربح للعامل أصلاً، ويكون قوله «الربح لك» منافياً لكون ذلك بضاعة، لأن في المقام يكون قصد المتنافيين.

ومن الواضح أن القدر المسلم هو دفع المال الى العامل وأجازه أن يتصرف في هذا المال و ينتفع به ويكون الربح الحاصل من هذا المال للعامل، ويكون ضامناً

....

ضامناً بالأمر، لأنه لم يملك نفس رأس المال ولم يرد منه الربح، فيكون أمراً منه في الاتجار بهذا المال. ويكون معنى الاتجار اتلاف المال والرجوع الى المثل أو القيمة. ويكون الربح له. فكل ذلك حصل بالأمر، فلايكون مضاربة ولا قراضاً ولا بضاعة. بل يكون المال في سلطنة العامل لأن يتصرف فيه و يكون عوض هذا المال راجعاً الى المالك، فيكون ضامناً بالأمر والربح للعامل كما قلنا.

الفرع الخامس: اذا قال «خذ هذا المال واتجر به والربح بتمامه لي» فواضح أن ذلك يكون بضاعة.

وأما قصد كونه مضاربة و ما قاله بعض الأساتذة بأنه يكون مضاربة ولكنه اشتراط كون الربح بتمامه له، يكون شرطاً مخالفاً لمقتضىٰ العقد، والشرط الفاسد لايوجب فساد العقد، فتكون مضاربة صحيحة.

أقول: بعد أن كان الشرط خلاف مقتضىٰ العقد ثابتاً فلا يصح الشرط، و ذلك لامن جهة كونه مخالفاً للكتاب والسنة بل من جهة عدم تمشي القصد في العقد المقيد، حيث أنه واضح التنافي بين مقتضىٰ العقد الذي هو ثبوت الملكية للعامل في المضاربة والسلطنة على الربح و بين الشرط الذي يكون الربح فيه راجعاً الى المالك، أو بين مقتضىٰ العقد الذي هو شركة المالك والعامل في الربح الحاصل من المال و بين الشرط الذي يحصل من العمل بالربح من المال بتمامه والذي هو عدم تحقق مقتضىٰ العقد، فيستحيل تحقق القصد بالنسبة الى مثل هذا العقد المقيد، فيلغىٰ الشرط حينئذٍ.

نعم بناءً على تعدد المطلوب يمكن ترجيح جانب العقد، بدعوىٰ كون عقد المضاربة مطلوباً وهو مع الشرط مطلوب آخر، فاذا انتفت الارادة والقصد بالنسبة الى العقد المقيد تبقىٰ الارادة والقصد الى ذات المضاربة بحالها. كما هو الحال في جميع الموارد، فان الصلاة مطلوبة والصلاة في الوقت مطلوبة اخرى، و حيث انتفىٰ الوقت فتبقىٰ مطلوبية أصل الصلاة على حالها.

....

وهذا في الآثار الجلية واضح، مثل السلطنة الموجودة للعامل في المضاربة. و كذلك شركة المالك في الربح وكون المالك مالكاً للمال.

وأما الخفية التي يرتبها الشارع في المضاربة من تملك العامل لمقدار من الربح المتوافق عليه الذي لايلتفت اليه بنحو تمشي القصد الى العقد المقيد، بحيث لايكون بمرحلة من الظهور حتى يكون ملتفتاً اليه ويكون مقصوداً من المتعاملين في التأكيد على مثل هذه المعاملة، كما أن المضاربة تكون مؤكدة لجهة العمل والربح الحاصل من المال، فيكون دخيلاً في حقيقة المضاربة، وان المضاربة لا تتحقق الا بكون العامل شريكاً في الربح، وان المالك شريك في الربح، وهذه الجزئيات التي رتبها الشارع على مثل هذه المعاملات.

فالاشكال فيه: أن عمومات أدلة وجوب الوفاء بالشرط لم يكن شاملاً له، سواء كان الشرط قد أخذ قيداً للالتزام أو قيداً للملتزم به، فان قلنا بأن أدلة المضاربة أو أدلة وجوب الوفاء بالشرط كانت باطلاقها تتكفل اثبات قابلية المحل للتحقق، فتقع المعارضة بينهما وبين الأدلة الدالة على ثبوت تلك اللوازم للعقد، فتسقط العمومات المزبورة عن التمسك به لأجل المعارضة، والبناء على عدم تكفلها لاحراز قابلية المحل كما هوالحق. بل غايتها الدلالة على لزوم الوفاء و تأثير الشرط في ظرف قابلية المحل للتحقق، فتبقى الأدلة الدالة على ثبوت اللوازم -أي شركة العامل مع المالك أو بالعكس- سليمة عن المعارض، و تكون حاكمة على مثل أدلة وجوب الوفاء بالشرط، حيث أن تلك الأدلة تثبت عدم قابلية العمل للتحقق.

وعلى كل حال لايمكن التمسك بعمومات وجوب الوفاء و يفسد الشرط. وفي هذا المقام أحرز من الخارج أن اشتراك العامل والمالك يكون داخلاً في حقيقه المضاربة، بحيث أن الشرط المنافي لهذه الحقيقة يكون شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد و طبيعته.

وأما اذا شك ولم يحرز أحد الأمرين - كما اذا اشترط اشتراك زوجة العامل أو

....

المالك في الربح- وفي هذا لم يجوز كونه مخالفاً لمقتضى عقد المضاربة و عدم مخالفته، بحيث شك في أن طبيعة عقد المضاربة تقتضي كون الربح لمن عمل في المال أو أنها تشمل كل مورد أراد المتعاملان فيه الشرط.

فيرجع هذا الشك الى أن طبيعة عقد المضاربة هل هي السلطنة المطلقة للعامل أو المالك، أو أن طبيعة عقد المضاربة تقتضي اطلاق السلطنة. فان كان مقتضى طبيعة المضاربة -أي التفويض المطلق- هو السلطنة المطلقة، فذلك ينافي شرط ربح أحد الأقارب في المضاربة، لأن الربح يتبع العمل، والتفويض المطلق الذي تكون المضاربة مبتنية عليه تكون مطلق السلطنة بهذه المثابة، فلا يكون ذلك مقتضياً لتدخل ما لاعمل له لحصول الربح شركة مع العامل أو المالك.

هذا اذا كانت طبيعة عقد المضاربة هي مطلق السلطنة، وأما اذا كانت طبيعة عقد المضاربة هي مطلق سلطنة العامل على هذا المال، بحيث أن طرفي العقد في عقد المضاربة يكون لهما مطلق السلطنة اذا أوقعا العقد من المالك المضارب. وهذا لاينافي السلطنة المطلقة، لأن يشترطا الحصة من الربح لمن لاعمل له بملاحظة كونه أحد أقارب المتعاملين لأن يكون ربحهما أزيد من الاخر، ولايكون الشرط خلاف مقتضى العقد.

كذلك في المقام، فان الربح يكون مشتركاً فيه العامل والمالك بنحو الاشاعة، ولكن اذا شرط المالك في عقد المضاربة أن يكون الربح مختصاً بالمالك أو شرط أن يكون مختصاً بالعامل في عقد المضاربة بلفظ المضاربة، فيكون الأمر دائراً بين الأمرين، فان كان التفويض المطلق الذي يكون أساس المضاربة هو السلطنة المطلقة- بمعنى كون العامل المضارب واجداً من جهة أمانة الاذن السلطنة المطلقة، و نتيجة ذلك جعل الربح لنفسه تارة أو جعل ذلك للمالك تارة أخرى؛ لايستقيم، لأنه يكون خلاف مقتضى العقد.

و بعبارة واضحة: ان عقد المضاربة يكون المال فيه عند العامل أمانة، ويكون

....

العامل بطبع عقد المضاربة له السلطنة المطلقة، فنفس السلطنة المطلقة تقتضي كون العامل المضارب شريكاً مع المالك في الربح، كما أن المالك لما فوض السلطنة المطلقة الى العامل فيكون مشتركاً مع المالك في الربح.

وعليه فان كان مفاد المضاربة هو الاذن العام في التصرف في المال وكان مقتضاه هوالسلطنة المطلقة كانت شراكة المالك والعامل في الربح من مقتضياته.

وهذا بخلاف ما اذا كان مفاد عقد المضاربة هو مطلق سلطنة العامل على المال لأجل حصول الربح، و المالك أيضاً له مطلق السلطنة على المال.

و نتيجة ذلك: ان العامل بالشرط يمكن أن يخص الربح بنفسه، وكذلك المالك يمكن أن يخص الربح بنفسه، فيدور الأمر في الاذن العام الذي هو مفاد عقد المضاربة -وهي السلطنة المطلقة أو مطلق السلطنة- فيصحح الشرط تارة و يخالف الشرط أخرى، كما عرفت تفصيله.

فالسلطنة المطلقة تنافي الشرط، و مطلق السلطنة الذي لاينافي الشرط، فان كان الشك في مقتضى عقد المضاربة عرفاً هو مطلق السلطنة أو السلطنة المطلقة، فان قلنا بأن حقيقة الشرط كان عبارة عن نفس العلقة اللزومية الحاصلة بسبب الانشاء فلا شبهة في أنه لامجال للتمسك بعمومات وجوب الوفاء، حتى على القول بجواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، من جهة أن مرجع الشك الى انطباق أصل عنوان العام على المورد للشك في تحقق أصل العلقة اللزومية، و معه يشك في أصل مصداق العام و انطباق عنوان العام عليه.

وان قلنا بأن حقيقة الشرط كانت عبارة عن انشاء الالتزام لاعن العلقة اللزومية، فكان الشك يرجع الى تأثير الشرط و عدمه، فتبتني على المسألة السابقة من تكفل العمومات لاحراز قابلية المحل وعدمه. فعلى الأول لابأس بالتمسك بها و اثبات وجوب الوفاء، وعلى الثاني من عدم تكفلها لاحراز قابلية المحل كماهو الحق فتسقط العمومات عن الاستدلال بها لاثبات صحة الشرط و وجوب الوفاء به،

....

فينتهي الأمر الى الأصول العملية، والمرجع أصالة فسادالشرط لا أصالة عدم المنافرة.

هذا مضافاً الىٰ ما اذا قلنا بأن الشرط قيد للالتزام، بحيث لايكون العقد و وقوعه الا في ضمن هذا الشرط، فان الالتزام العقدي لايريده الا في ضمن هذا الالتزام المضاربي. فلو كان الشرط باطلاً لم يكن التزام مضاربي، و قهراً يستفاد منه وحدة المطلوب.

و عليه فيفسد العقد بفساد الشرط، ولا مجال للقول بأن فساد الشرط لايوجب فساد العقد كما توهم.

فان المرجع هو أصالة فساد الشرط لا أصالة عدم المنافرة والمنافاة كما قال به الشيخ الأعظم الأنصاري (قدس سره) الذي مرجعه الى أصالة عدم ثبوت الحكم بنحو كان منافياً مع مضمون الشرط، و ذلك لأن موضوع الدليل لم يكن عنوان المخالفة والمنافرة حتىٰ يتمسك عندالشك بأصالة عدم المخالفة والمنافرة، كما هو كذلك بالنسبة الى مخالفة الكتاب والسنة الذي قد عرفت من أن المانع عن صحة الشرط انما هو جهة المخالفة للكتاب والسنة، بل اعتبار عدم المخالفة لمقتضىٰ العقد في المقام انما هو من جهة لزوم اعتبار الملائمة مع مضمون العقد و عدم تحقق الشرط الذي كان عبارة عن الالتزام المرتبط، كما عرفت في أول البحث عند عدم تحقق المرتبط اليه.

ومن المعلوم أنه لايمكن في مثل هذا الفرض التمسك بالأصل المذكور لاثبات الملائمة و تحقق الشرط.

وان شئت قلت: ان الشرط في المقام هو اعتبار الملائمة مع مضمون العقد لاعدم المنافرة، فأصالة عدم المنافرة لا يثبت الملائمة مع مضمون العقد الا على الأصل المثبت الذي لانقول به، بل يكفي في عدم جريان الأصل المذكور احتمال اعتبار الملائمة.

....

و حينئذٍ فتجري أصالة عدم جعل الحكم بنحو يلائم مع مضمون الشرط و يثبت فساد الشرط، وإن كان الشرط عبارة عن نفس الالتزام فيكون العقد فاسداً.

وعلى هذا فان كان الشرط فاسداً فهل يؤثر فساده في فساد العقد أو لايؤثر؟

فان الشروط كما قلنا تكون على نحوين: أحدهما الشروط المذكورة في متن العقد، بحيث تكون في معرض شمول أوفوا بالشروط، فيكون الأمر بتلك المثابة التي ذكرناها. وتارة لايذكر في متن العقد ولكن العقد يكون مبنياً عليها في ايقاعه ويكون قيداً للمعقود لا العقد، فان القيود المتعارفة يكون الشرط فيها للمعقود لا العقد والالتزام، وعلى هذا يكون المعقود في صورة كون الشرط مخالفاً لمقتضىٰ العقد كل التفصيلات المذكورة واردة فيه.

وأما اذا لم يكن الشرط مذكوراً في متن العقد - كما في المقام - بحيث كان العقد مبنياً على الشرط بمثل المقام «ضاربتك بهذا المال والربح لك، أولي» فيكون العقد واقعاً من دون ابراز للشرط بقوله: التزمت او شرطت أوعلي أو غيرها من الأمور التي تلحقها الشروط المبرزة في العقود اللفظية.

و نتيجة ذلك: ان يكون العقد مبنياً على هذه الشروط، ويكون نفس العقد خلاف مقتضىٰ العقد، ويكون العقد باطلاً.

الا أن يقال: ان هذه الموارد يكون القيد فيها قيداً للمعقود لا لنفس العقد والالتزام، فيصبح الأمر جزء للعقد ويكون دليل المضاربة شاملاً له.

ومن الواضح: أن دليل عقد المضاربة لايكون شاملاً لمورد يكون الربح فيه غير مشترك بين العامل والمالك، فيكون العقد باطلاً، و بعد بطلان العقد لايمكن القول بأنه بضاعة صحيحة، لأنه بعد أن أجرىٰ العقد و بعد أن كان الأصل العقلائي قائماً بعدم غفلته و عدم القصد الى المتنافيين، فيتعين أن يكون القصد الاعن مضمون كلامه والقصد الى مضمون كلامه يقتضي أن يكون المراد من ذلك هو مفاد كلامه، وذلك يقتضي أن يكون شرطاً من التصريح به. ونتيجة ذلك هوالذي قلناه.

....

وفي هذا المقام وفي هذا المورد يكون عقد المضاربة باطلاً، لأن في الشروط التي تكون في المعقود عليه يكون نفس وقوع عقد المضاربة مبنياً على صحة الشرط، فاذا كان الشرط مأخوذاً في المعقود عليه فعمومات المضاربة لابد وأن تكون شاملة له حتى يجب الوفاء به. و من الواضح أن عموم المضاربة لايكون شاملاً له، لأن الكلام في أصل انطباق عنوان العام.

وعلى هذا فلا تكون عمومات المضاربة شاملة له ولايكون مشمولاً لأدلة «أوفوا بالعقود»، لأن العموم لايكون شاملاً للعقود الجائزة.

وعليه فلايكون عقد المضاربة واقعاً في المقام، ويكون تصرف العامل في هذا المال تصرفاً في المأذون من دون أن تكون مضاربة.

وأما كونه بضاعة كما ذكره بعض الأساتذه، فانه اما في القرض الأول من أن يقول «ضاربتك والربح لي» فقلنا بأن المالك انما أراد المضاربة، ولكن تخيل كون الربح يمكن أن يختص به بمقتضى القرينة من انشائه مضاربة.

وعلى هذا فلا مضاربة ولا بضاعة، وانما يكون المال للمالك والربح للمالك، من جهة أن العامل تصرف في المال برضاء المالك، وتكون تصرفاته برضى المالك، ويكون ضامناً لأجرة المثل للعامل.

وأما بناءً على الوجه الثاني حيث يقول المالك «ضاربتك بهذا المال و الربح لك»، فان قرينة المضاربة تقتضي أن يكون الربح بينهما، ولكن مع تصريح المالك بكونه مضاربة قرينة على عدم تمليكه رأس المال، فيحكم بأن المال اذا لم يكن مضاربة -بمعنى كونه مضاربة فاسدة- نتيجته كون المال مرخوصاً للتصرف فيه و تحصيل الربح، فيكون الأصل والربح للمالك ويكون بقاعدة حصول الربح كون العامل مستحقاً لأجرة المثل.

هذا اذا ربح في المال، وأما في كل هذه الموارد اذا لم يربح من المال لايستحق أجرة المثل. وقد سبق أن قلنا: بأن عموم «عمل المسلم محترم» لايكون

....

له مجال في المقام، فان الربح لو حصل حتى في المضاربة الفاسدة يكون العامل مستحقاً فيه لأجرة المثل، والا فلايكون مستحقاً للأجرة اصلاً حتى في الضمان بالأمر كما بينا، فلا اشكال في كونه بضاعة، ويكون استحقاقه لأجرة المثل دائراً مدار الربح كما ذكرناه.

الفرع السادس: ان المالك لوقال «خذه واتجربه والربح لي» كان بضاعة، واستحقاق أجرة المثل للعامل انما تدور مدار الربح، فلوحصل الربح المشترط في عقد البضاعة يكون للعامل أجرة المثل، لأن من الواضح أن المالك لم يأذن له بالتصرف في المال اذناً عاماً ربح أولم يربح، وانما اذن له في الا تجار بهذا المال لأجل الربح.

وعليه فلوكان بضاعة لايخرجه عن العقود الاذنية، و شأن العقود الاذنية أنه لايخرج عما اذن له المالك.

ومن الواضح أن العامل يكون له التصرف في المال اذا كان مربحاً، وأما بدون الربح فلايكون مستحقاً لأجرة المثل، لأن شأن العقد الاذني ذلك ولوكان بضاعة أو أمراً أو غير ذلك.

الفرع السابع: انه لوقال «خذ هذا المال واتجر به ولك ربحه»، فان هذه المسألة قد تقدم الجواب عنها آنفاً، وان الكلام لايكون فيه اشعار بكون رأس المال ملك للعامل، ولايكون العامل ضامناً للمال، لأن في القرض يكون العامل ضامناً لرأس المال، فلايكون الا ضامناً بالأمر، ويكون هذا الأمر دائراً مدار الربح، و يكون رأس المال للمالك والربح أيضاً للمالك و للعامل أجرة المثل لو ربح بهذا المال.

فلولم يربح لا يكون له شيئاً، لأن العامل قبل المالَ لغرض حصول الربح، وأما لولم يربح فلا استحقاق له لأجرة المثل ايضاً.

ومن هنا تعرف أن العامل بعد قبوله للمال على أن يحصل على الربح فلا يكون له شيئ اذا لم يربح، سواء كان عالماً بالبطلان أو كان جاهلاً به، لأنه مُقدم على

(مسألة ٢٤)- لو اختلف العامل والمالك في أنها مضاربة فاسدة أو قرض أو مضاربة فاسدة أو بضاعة، ولم يكن هناك ظهور لفظي ولا قرينة معينة، فمقتضىٰ القاعدة التحالف.

وقد يقال بتقديم قول من يدعي الصحة. وهو مشكل، اذ مورد الحمل على الصحة ما اذا علم أنهما أوقعا معاملة معينة واختلفا في صحتها و فسادها، لا مثل المقام الذي يكون الأمر دائراً بين المعاملتين على احداهما صحيح و على الآخر باطل. نظير ما اذا اختلفا في أنهما أوقعا البيع الصحيح أو الاجارة الفاسدة مثلاً، وفي مثل هذا مقتضىٰ القاعدة التحالف وأصالة الصحة لا تثبت كونه بيعاً مثلاً لا اجارة أو بضاعة صحيحة مثلاً لا مضاربة فاسدة[١].

هذا النحو من المعاملة.

[١] الماتن «قده» انما أخذ مصب الدعوىٰ في قبال المشهور الآخذين بالغرض الحاصل من الدعوىٰ لا مصبها، و تتفرع هذه الفروع عليها:

الفرع الأول: لو اختلف العامل والمالك في أنها مضاربة فاسدة أو قرض، فان على مصير الماتن أن المالك يدعي المضاربة الفاسدة. و معنىٰ ادعائه ذلك أن رأس المال والربح كليهما يرجعان اليه، والمفروض عدم الربح، فلا يكون للعامل شيء لا من الأصل ولا من الربح، اذا لم يحصل الربح حتىٰ أجرة المثل كما تقدم بيانه، وأما اذا حصل الربح فله أجرة المثل دون المسمىٰ.

والعامل يدعي كونه قرضاً، فيكون الأصل والربح كليهما للعامل ويكون للمالك رأس المال، فالمالك يدعي كون رأس المال له و ينكر أن يكون للعامل الربح، فيكون من جهة مدعياً ومن جهة منكراً، فيكون المرجع التخالف.

الفرع الثاني: المالك يدعي مضاربة فاسدة، فان المضاربة الفاسدة يكون فيها رأس المال والربح الحاصل من هذا المال راجعان اليه، و ينكر البضاعة التي يكون

....

فيها للعامل أجرة المثل. والعامل يدعي البضاعة الصحيحة، وينكر المضاربة الفاسدة، فتكون أصالة الصحة تحكم بصحته و كذلك له أجرة المثل.

وهذا بخلاف المالك فان الأصل يقتضي أن يكون رأس المال و الربح راجعاً اليه، ففي طرف العامل تكون أصالة الصحة وفي طرف المالك أصالة بقاء المال أصله و ربحه في ملكه. هذا على مبنىٰ الماتن.

وكذلك يدعي العامل بضاعة صحيحة فيكون مدعياً، والمالك يدعي فساد العقد الواقع بينهما، فيكون كل منهما مدعياً من جهة و منكراً من جهة أخرىٰ، فيكون المقام مقام التخالف. خصوصاً وأن العامل في الفرع الأول من فساد المضاربة تكون نية المالك هو أعرف بها، و يحكم بأن هناك مضاربة فاسدة، فيكون عليه الحلف بذلك. والعامل انما قصد القرض وهو أعلم بنيته، فيكون عليه الحلف، لأنه لايعلم الامن قبله. والمفروض عدم ظهور لفظي ولا قرينة معينة.

هذا اذا أخذنا مصب الدعوىٰ، فيكون الأمر كما ذكر.

وأما المشهور فقد رأوا خلاف ذلك، حيث أن المستفاد من كلمات المشهور في موارد مختلفة أن المناط هو الغرض الحاصل من هذه الدعوىٰ لامايكون مصب الدعوىٰ، فان المشهور على مايستفاد من كلماتهم أن الدعوىٰ اذا لم يكن فيها غرض لايعتنىٰ بها.

و عليه فان المستفاد منهم ذلك في كلماتهم، فلابد وأن يرىٰ ماهو الظاهر من كون الغرض من هذه الدعوىٰ.

فان المدعي على ما ذكره الأصحاب: تارة هو الذي لو ترك يترك ، بمعنىٰ أنه سكت عنها لوسكت، وأن المنكر في قباله.

وعن بعض آخر تعريفه: بأن المدعي هوالذي يدعي خلاف الاصل أو امراً خفياً منافياً للظاهر، والمنكر في قباله.

وعن ثالث تعريفه: انه -أي المدعي- هوالذي يكون قوله مخالفاً للظاهر،

....

بخلاف المنكر.

والظاهر رجوع الجميع الى معنى واحد: أما الاول فلأن المراد منه من ترك عند ترك الخصومة انما هو فيما لوكان هناك حجة شرعية تكون هي المعمول عند ترك الدعوىٰ، فلا يورد عليه بعدم الاستقامة.

وعلىٰ هذا ففي المقام لوادعى المالك المضاربة الفاسدة وادعىٰ العامل كون المال قرضاً وكان العامل صاحب يد على المال، فيكون كلا الطرفين مقرين في أن المال جاء من قبل المالك وكان العامل أيضاً مقراً بذلك، ولكن المالك يدعي الربح والعامل ينكر ذلك. فلا اشكال بأن المالك يترك لوترك، و يعول على الأصل، أي قاعدة اليد التي يكون العامل واجداً لها مثبتاً أو نافياً، وفي المقام مثبت.

وأما الاخيران فلأن من يدعي بأن المدعي هوالذي يدعي على خلاف الظاهر أو الأصل، يريد الأصل أو الظاهر الحجتين، بحيث يكون هو المرجع عند عدم الدعوىٰ، لا أن المراد كل أصل أو ظاهر ولو لم تثبت حجيته شرعاً، فتنطبق التعاريف على معنىٰ واحد، ولهٰذا يكون المراد من كلماتهم هوالغرض القائمة عليه الدعوىٰ لاماهو مصب الدعوىٰ.

فلذا نرىٰ أن المشهور (قدس الله اسرارهم) في النزاع على رد الوديعة حيث يقول المالك «عن وديعته» و يقول: الودعي «انه رددتها عليك»، فيكون الودعي المقر للرد مدعياً والمالك منكراً، و ذلك لأصالة الاشتغال من ناحية مدعي الرد، وكذلك في الاجارة والعارية وغير ذلك من الموارد، فيكون بناء المشهور على ذلك، بحيث لو لم يكن غرض في الدعوىٰ لايجب سماعها. و كلمات المشهور مشحونة في باب النزاع في العقود بذلك.

وعلى هذا ففي المقام تتفرع عدة فروع مترتبة عليه:

الفرع الأول: لو اختلف العامل والمالك، المالك يدعي المضاربة الفاسدة،

....

والعامل يدعي المضاربة الصحيحة، والمال له الربح الموجود في يد العامل.

فأصالة الصحة تقتضي أن يكون مدعي الفساد -وهو المالك- منكراً، لأن أصالة الفساد تكون معه. و من ناحية أخرىٰ يكون العامل مدعياً للصحة، فأصالة الصحة تحكم بأنه يكون الأصل الحجة من قبله. ومن الواضح أن العامل له اليد على الربح، فيكون ادعاؤه المضاربة صاحب يد على ذلك.

و نتيجة ذلك هو التداعي، لأن العامل يحكم بأن المال أخذ مضاربة وكون الربح له، والمالك يدعي فساد المضاربة وان الأصل والربح له، فيكون العامل والمالك مقرين بأن المال للمالك، ولكن العامل بما أن يده على المال يحكم بأن الربح له والمالك يحكم بأن الربح لابد وان يرجع اليه. فيكون صراعهما في المقدار من الربح ومن أن العامل من جهة كون يده على الربح يسجل كونه منكراً فالبينة تكون على المالك.

الفرع الثاني: في هذا الفرض المفروض عدم كون العامل واجداً للربح، فالمالك يدعي المضاربة الفاسدة والعامل يدعي المضاربة الصحيحة بنفس المخرج المتقدم.

ففي هذا المقام يرجع الأمر بعكس السابق، لأن المالك يدعي المضاربة الفاسدة والعامل يدعي صحة المضاربة، فالمالك لما كان مقراً بأن المال عند العامل تفويضاً ملكياً و كذلك العامل ولكن المالك يدعي المضاربة الباطلة والعامل يدعي المضاربة الصحيحة، فأصالة الفساد تجعل المالك منكراً والعامل حيث يدعي الصحة تجعله مدعياً. ولكن الأصحاب في مثل هذه الموارد التي تكون بين العامل والمالك أمراً مبرماً -وهو كون المالك قد أعطىٰ المال و سلط العامل على المال وكانت يد العامل على المال باذن المالك- و يدعي المالك أمراً يكون بمقتضىٰ الأصل والمفروض عدم حصول الربح.

ومن المفروض لايدعي المالك الوديعة أو العارية أو غير ذلك و يكون مدعياً

....

بفساد المضاربة، فان الظاهر مقدم علىٰ الأصل، و ذلك لأنه في مثل هذه الموارد -ولو كان الأصل على خلاف ما يدعيه العامل- الا أن الظاهر من جعل المال تحت سلطنة العامل و مع ذلك يدعي فساد المضاربة ولا يدعي أمراً آخر، يكون الظهور فيه مقدماً على الأصل و يكون حكماً بأن المالك مدعياً خلاف الظهور والاصلْ.

و ذلك كمالو تخلىٰ الزوج مع زوجته في بيت واحد ثم ادعىٰ الزوج عدم دخوله بالزوجة وادعت الزوجة دخوله، فان الأصل وان كان مع الزوج الا أن الظاهر هو الدخول، و يحكم بلدخول على خلاف الأصل الواجد له الزوج.

وفي المقام لما كان المال تحت يد العامل و يدعي العامل وقوعه للمضاربة الصحيحة، والعامل يدعي المضاربة الفاسدة، فان المالك لايمكن أن يتمسك بالأصل للحكم بفساده، بل يده على المال يقتضي أن يكون مضاربة. واذا اراد المالك الحكم بفساده فلابد وأن يقيم البينة على الفساد، لليد الموجودة للعامل في هذا المال.

الفرع الثالث: لوادعىٰ المالك أنها مضاربة صحيحة والعامل يدعي أنها مضاربة فاسدة، فان المالك لما كان يحكم بصحة المضاربة يكون العامل ضامناً للمال والربح الحاصل منه، فلا اشكال في أن المالك انما أراد المضاربة، لأن العامل بعد حصول الربح يكون المالك شريكاً مع العامل، كما أن العامل لوكان العقد الواقع بينهما عقد المضاربة اذا عمل بالمال مع التعدي والتفريط يكون ضامناً لأصل المال والربح، والعامل يحكم بأنها مضاربة فاسدة فلايكون ضامناً مع التعدي والتفريط.

فنفس كون المال للمالك تكون هذه الجهة مورداً لتوافقهما، ولكن العامل يدعي أن هذا المال للمالك لأجل المضاربة الفاسدة الموجبة لعدم ضمانه مع التعدي والتفريط والمالك يحكم بأنها مضاربة صحيحة. فأصالة الاشتغال بالمال

....

وأصالة الصحة في عقد المضاربة يجعل المالك منكراً، فان ادعاء العامل بكونه مضاربة فاسدة لأجل رفع ضمانه عن العين حتى مع التعدي يجعله مدعياً في عدم كونه مضاربة. والظاهر أيضاً يكون مع المالك، لأن المال تحت يد للعامل لابد وأن يكون القول قول مالك المال، فأصالة الاشتغال تجعل المالك منكراً والعامل في ادعائه المضاربة الفاسدة يكون مدعياً.

الفرع الرابع: اذا قال المالك انها مضاربة صحيحة والعامل حكم بانها قرض، وكان العامل مستولياً على المال في يده. فان اليد تكون مع العامل و تجعله منكراً والمالك يكون مدعياً في ادعائه للمضاربة الصحيحة، فان يد العامل على المال تجعله منكراً والمالك الذي يدعي مضاربة صحيحة يكون مدعياً، لأن معنىٰ قول المالك ان المال عند العامل مضاربة معناه أنه راعىٰ الأصل في نتيجة الدعوىٰ.

وعليه فان ادعاء المالك بأن المال عند العامل مضاربة أنه يستحق رأس المال و يستحق الربح الحاصل من المال بمقدار متوافق بينهما.

ومن الواضح أن يد العامل على تمام المال يجعله تمامه له، و لابد للمالك من اثبات ادعائه، فان المالك يدعي مضاربة فاسدة.

و نتيجته: ان رأس المال والرابح الحاصل من هذا المال يكون راجعاً الى المالك، فهذا ادعاء المالك، والعامل يدعي القرض و تكون يده ثابتة على الربح والمال كله، فينكر المضاربة و يدعي القرض.

فهذه الجهة أوجبت ان يكون كل منهما مدعياً و منكراً على مبنىٰ الماتن. ولكن الكلام في غرض الدعوىٰ، فان العامل والمالك كلاهما يقران بأن المال انما جاء من قبل المالك، فهذه الجهة تكون مورد توافقهما. وأما نزاعهما في الربح الحاصل من المال وان المالك هل هو شريك مع العامل أو يختص العامل به.

ومن الواضح ان الدعوىٰ الأولىٰ لا تكون مطرحاً للنزاع حتى يوجب دخولها في التداعي، وانما النزاع في الربح الحاصل من المال وانه هل المالك يستحق منه

....

شيئاً ام لا؟ وهل كون اليد الموجودة على المال تجعله منكراً؟ هذا اذا كان هناك ربح حاصل لهذا المال فيكون العامل منكراً لجهة اليد والمالك مدعياً، و كذلك اذا لم يكن رابحاً للمال، فان العامل يدعي القرض والمالك يدعي المضاربة الفاسدة، فان معنىٰ المضاربة الفاسدة كون المال أمانة ملكية عند العامل ولابد أن يودعه الى المالك حيثما أراد، ولا تضمين للمال من طرف المالك، والعامل يدعي القرض، و نتيجة ادعاء العامل التضمين للمال بمقتضىٰ وجود يده على المال. و نتيجة الدعوىٰ هوالتضمين و عدم التضمين، فالمالك نتيجة دعواه هو عدم تضمين المال و نتيجة دعوىٰ العامل هو التضمين، فيكون العامل منكراً بعد اتفاقهما على أن المال أتىٰ من جانب المالك، وانما النتيجة هوالتضمين و عدم التضمين كمالا يخفىٰ. فالقول قول العامل الا أن يأتي المالك بشاهد على دعواه، وان انعكس الأمر حيث أن المالك يدعي القرض والعامل يدعي المضاربة.

والكلام عند تلف المال، فان المالك لما كان مدعياً للقرض كان العامل ضامناً للمال عند تلفه، والعامل لما كان مدعياً للمضاربة فانه أمين ولا يضمن التلف الوارد على المال. فان في المقام لما كان العامل مدعياً للمضاربة الصحيحة والمالك مدعياً للقرض الصحيح والمال المفروض تلفه. فهل يكون العامل ضامناً لرأس المال أو أن كلام المالك صحيح حيث أنه قرض ويكون المال قرضاً يضمنه العامل، فان المالك لما كان مدعياً القرض فان أصالة اشتغال ذمة العامل جارية في حقه، ويكون المالك منكراً والعامل الذي تجعله المضاربة الصحيحة مدعياً، فلابد وأن يثبت دعواه كما قلنا بالعكس في العكس.

وهذا المورد فيما اذا لم يكن ربح للمال، وأما اذا ربح المال عند العامل -والمالك يدعي القرض والعامل يدعي المضاربة الصحيحة- و نتيجة قولهما أن العامل يقرّ بأن بعض الربح للمالك والمالك يحكم بادعائه أن تمام الربح للعامل، فيكون اقرار المالك حيث كان بضرر نفسه يكون كلامه حجة فيكون منكراً والعامل

....

الذي يحكم بانها مضاربة صحيحة يكون مدعياً، لأن الحجة تكون مع المالك.

الفرع الخامس: لوادعىٰ المالك أنها مضاربة فاسدة والعامل يدعي أنها بضاعة صحيحة. فان على مبنىٰ الماتن انما يدعىٰ أن المال الذي يكون بيد العامل للمالك ولكن يكون مضاربة فاسدة، و معنىٰ ادعائه ذلك كون الربح والأصل راجعين الى المالك، و لذلك ادعاء المالك بأن المال في يد العامل بدون التضمين من جهة ادعائه المضاربة الفاسدة، معناه أن اليد الموجودة في يد العامل تكون بلاضمان. هذا من ناحية المالك.

وأما من ناحية العامل فانه يدعي أن المال يكون من ناحية المالك قد حصل عليه ولكن بضاعة صحيحة، فينكر المضاربة و يثبت البضاعة. و معنى ذلك أن يده على هذا المال يد أمانية، وأصالة صحة البضاعة الجارية في حق العامل في ادعائه تكون معارضة بأصالة رجوع المال أصلاً و ربحاً الى المالك، فيكون نزاعهما راجعاً الىٰ أن الأصل في طرف المالك يحكم بأن الأصل في المال والربح يرجع الى العامل ولايكون له التصرف في المال ولايكون بضاعة، و نتيجة ذلك هو جريان الأصل في كلا الطرفين ويكون منشأ للتخالف. هذا على مبنىٰ الماتن.

ولكن عند التحليل هل يستقيم ذلك أم لا؟

فنقول: ان من المسلم اتفاق المالك والعامل على أن المال مال المالك، فلا نزاع في ذلك، و كذلك يتفقان على أن الربح يرجع الىٰ المالك.

وانما النزاع هو بأن يد العامل غير أمانية ولا تكون بضاعة والعامل يدعي البضاعة الصحيحة، فان المالك والعامل متفقان على أن المال قد سلمه المالك بيد العامل ولا يدعي العامل ارجاعه الى المالك حتىٰ ينافي يده الأمانية باقراره وانما يدعي أن المال مضاربة عنده، وتكون أصالة صحة البضاعة حاكمة بكونه منكراً.

ولا مجال للتداعي، لأن الأصل يحكم بأن الأصل مع المنكر، وما يحكم به المالك من ضمانه لرأس المال فهما متفقان في ذلك ولا نزاع بينهما، وانما

....

الاختلاف في تصرفات العامل. فيكون المورد كما أذعن له الماتن في آخر كلامه، فان العامل انما يدعي العقد الصحيح لا المضاربة الفاسدة، فقهراً تكون أصالة الصحة جارية و تجعله منكراً.

وما تمسك به الماتن للرد على كونهما أوقعا البيع الصحيح أو الاجارة الفاسدة، فان الطرفين انما يتوافقان على أن المال مال المالك ، فانهما بعد أن كانا متوافقين في هذه الناحية يكون الأصل لمن يدعي الصحة. ولا نحتاج الى اثبات حتى يقال بأن أصالة الصحة لا تثبت أن البيع الصحيح أو الأجارة الصحيحة لأن هذا المورد خارج عن مورد تنازعهما، و كذلك في كل مورد كان من هذا القبيل بعد أن كان المال مسلماً الى العامل وكان الأصل حاكماً كان ذلك هو المنكر ويكون قوله ثابتاً وعلى المالك ثبوت ادعائه بالشهود أو اليمين المردودة.

وعلى هذا ففي جميع الموارد التي ذكرها الماتن تصح لوكان النظر بطرح الدعوى، وأما اذا لوحظ النزاع فان في موارد هذه الدعوى لانزاع بينهما، وانما التنازع في مورد أوجب الاختلاف بينهما، فلا اشكال في أن النظر لابد وأن يكون في النزاع بينهما و نزاعهما في مرجع الدعوي، ويكون الأمربين مدع و منكر، ويكون الأصل في طرف المنكر.

وقد عرفت أن المالك لايكون مدعياً في هذه الفروض، بل يكون في بعضها منكراً، و ذلك كمالو قال العامل انها مضاربة فاسدة والعامل يدعي الصحة أو بضاعة صحيحة، حيث أن العامل بطرح هذه الدعوى يريد نفي الضمان عن العين والمالك يحكم بصحة ضمانه، فان في هذا المورد يكون العامل مدعياً والمالك منكراً، لجريان أصالة الصحة له.

وهذا المنوال يجري حتى في الموارد التي ذكرها الماتن، فلو ادعى المالك أنها اجارة والعامل يدعي أن ذلك مضاربة، فان الطرفين يقران على أن المال عليه يد أمانية وهي يد العامل، ولكن المالك بادعائه الاجارة يريد الحكم بأن المنافع

(مسألة ٢٥)ـ اذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضاً والربح بيننا. صح ولكل منهما النصف. واذا قال: ونصف الربح لك. فكذلك، بل وكذا لوقال: ونصف الربح لي. فان الظاهر أن النصف الآخر للعامل.

ولكن فرق بعضهم بين العبارتين، وحكم بالصحة في الأولىٰ لأنه صرح فيها بكون النصف للعامل والنصف الآخر يبقىٰ له على قاعدة التبعية، بخلاف العبارة الثانية، فان كون النصف للمالك لاينافي كون الآخر له أيضاً على قاعدة التبعية، فلا دلالة فيها على كون النصف

تختص به، والعامل بقوله المضاربة يقول بأن الربح بينهما. وفي هذا المقام تارة يكون الربح موجوداً، و أُخرىٰ لايكون حاصلاً بعد، فان كان الربح موجوداً وكانت يد العامل مسيطرة عليه فينتج أن يد العامل لها السيطرة على المال، والمالك يدعي أن نصف هذا المال يرجع اليه والعامل ينكر ذلك، ويكون الأصل مع العامل لجهة يده الموجودة على تمام المال.

وأما اذا لم يحصل ربح بعد فالمالك يدعي الاجارة والعامل يدعي المضاربة، ففي هذا المورد يدعي المالك الأجرة بتسليمه المال الىٰ العامل والعامل ينكر الأجرة بل له الربح عند حصوله، فيكون الأصل في طرف العامل لانكاره الأجرة قبل حصوله في المضاربة، و يكون الأصل مقتضياً لعدم الأجرة و بعد حصول الربح كماهو مصيره.

وعلى هذا فانا لانحتاج الى كون أصالة الصحة مثبتة لكون العقد الطرفي فاسداً، بل لوكانت أصالة الصحة فتجري في المضاربة التي يقول بها العامل.

وعليه فان أصالة الصحة تحكم بأن ما يدعيه العامل يكون هو المتعين، الا أن يقيم الطرف الآخر على ادعائه البينة. ولا نحتاج الى أن يكون الاستصحاب مثبتاً، بل يكون الأصل مقتضياً لثبوت مدلوله، الا أن يقيم المدعي ما يثبت دعواه. و بهذا ينتفي الاشكال كمالا يخفىٰ.

الآخر للعامل.

وأنت خبير بأن المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الآخر للعامل[١].

---

[١] هاهنا فروع:

الفرع الأول: أن يقول: خذ هذا المال قراضاً والربح بيننا. فان من المسلم أن الربح في المضاربة يكون على نحو الشركة بين العامل والمالك، فالمالك انما يصرح بهذا الاشتراك في ايجابه، و ذلك يكون كذلك ولو لم يكن مصرحاً بذلك، فاذا صرح بذلك يكون مصرحاً لما هو مفاد القراض بالقول، ولا اشكال في صحته، و يكون لكل منهما النصف حسب التصريح، وكان كذلك ولو لم يكن مَصرحاً كما قلنا.

الفرع الثاني: لوقال: خذه قراضاً و نصف الربح لك. فيصح ذلك، لأن المضاربة كما قلنا نفس ايجاب القراض يقتضي أن يكون الربح مشتركاً بينهما، ولكن الاشتراك لايقتضي أن يكون نصف الربح للعامل أو أقل من ذلك أو اكثر، و ذلك يتبع رضايتهما في ذلك.

فاذا صرح المالك في الايجاب أن القراض الواقع بيننا يكون على النصف و يكون العامل قابلاً بذلك، فيرتفع الابهام و يصح الايجاب و يصح العقد كذلك، و يكون التصريح بذلك موجباً لرفع الابهام، وان كان الابهام غير مضر كما بينا كراراً ولكن فائدته هو ذلك.

الفرع الثالث: لوقال: خذ هذا المال قراضاً و نصف الربح لي. فان الظاهر أن النصف الآخر للعامل كما ذكرنا، حيث أن القراض يكون في حالة كون الربح مشتركاً بينهما، ويكون هذا الاشتراك فيه نوع ابهام يرتفع بتصريح من المالك في الايجاب.

و على هذا فان المالك بايقاعه المضاربة جعل المال تحت يد العامل واذن له اذناً عاماً فيه، و نفس عقد المضاربة يقتضي كون العامل مشتركاً مع المالك في

(مسألة ٢٦)- لافرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضاً ولك نصف ربحه، أوقال: خذه قراضاً ولك ربح نصفه. في الصحة والاشتراك في الربح بالمناصفة.

و ربما يقال بالبطلان في الثاني، بدعوىٰ أن مقتضاه كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك، وقد يربح النصف فيختص به أحدهما أو

تمام الربح، فان قوام المضاربة يقتضي أن يكون الربح مشتركاً بين العامل، والمالك. و هذه الجهة ثابتة في المضاربة، بحيث أنها لو أوقعت من غير اشتراك الربح لا تكون مضاربة صحيحة.

وعلى هذا فان الاشتراك على نحو الاشاعة يقتضي أن يكون ثلث الربح للعامل و ثلثين من الربح للمالك أو بالعكس، بحيث كان ثلثه للمالك و ثلثيه للعامل، أو يكون الربح بينهما نصفين نصف الربح للعامل و نصفه الآخر للمالك.

و حينئذٍ حيث يقول المالك «قارضتك بهذا المال» يقتضي شراكة العامل في تمام الربح ولكن يريد المالك رفع الابهام من قبله. و ذلك كما يصح رفع الابهام بالفرعين الأولين كذلك يمكن رفع الابهام بقوله «ضاربتك» أو «ان نصف الربح لي»، لأن كون تمام الربح له، أي عدم منافاة من أن يكون تمام الربح له لقوله «قارضتك»، فان القرينة الموجودة في أول كلامه التي تقتضي كون تمام الربح له منتفية.

ولكن هناك ابهام في اشتراكهما للربح المحصل بقوله «قارضتك»، وهذا الابهام يرتفع بذكره، وان قاعدة التبعية قد انتفت بقوله «قارضتك» حيث ان هذه الجملة جعلت المال بتمامه مأذوناً فيه للعامل بالاذن العام، و ذلك يقتضي كون العامل مشتركاً مع المالك في الربح وان قاعدة التبعية منتفية بعد قوله. «قارضتك»، و بعد انتفاء ذلك فان اشتراكهما في الربح يكون ابهامه مرتفعاً بقوله «و نصف الربح لي»، حيث أن ذلك يرفع الابهام و يكون النصف الآخر للعامل كمالا يخفىٰ.

يربح أكثر من النصف فلا تكون الحصة معلومة. و أيضاً قد لايعامل الا في النصف.

وفيه: ان المراد ربح نصف ما عومل به و ربح فلا اشكال[١].

---

[١] هنا فرعان:

الفرع الأول: لوقال المالك: للعامل خذ هذا المال قراضاً ولك نصف ربحه. فان الأمركما بينا يكون تأكيداً لمادل عليه القراض، فان القراض يكون بمجرد ايقاع عقدة اشتراك العامل والمالك في الربح الحاصل من المال، ويكون هذاالاشتراك مورداً لتأييدالعامل والمالك يعين بقوله «لك نصف ربح المال» المورد للمضاربة.

وهذا مما لااشكال فيه، فقوله ذلك يكون مورداً لتأييد ما دلت عليه المضاربة، فالمال بأجمعه واقع في المضاربة، ولكن لما كان يدل على الاشتراك بين العامل والمالك في الربح الحاصل من المال فهذا الربح يتعين في النصف. وهذا مما لا اشكال فيه.

الفرع الثاني: لوقال خذ هذا المال قراضاً ولك ربح نصفه. فلا اشكال أن المال المعهود من المالك هو تمام المال، بحيث أن الاذن العام الصادر من المالك هو التصرف في تمام المال والربح والحاصل من تمام المال، لان قوله «خذ هذا المال قراضاً» معناه أن المالك أراد التصرف في تمام المال.

ومن الواضح أن التصرف في تمام المال ولو لم يعين النصف من الربح للعامل والنصف الاخر المستثنىٰ منه للمالك.

وعليه فمن هذا القول يقتضي أن يكون تمام المال مورداً لاستفادة العامل، و قهراً يمكن له أن يربح ذلك النصف المبهم وهذا النصف المبهم، وابهامهما من جهة عدم الامتياز بينهما، فقهراً يختلط كل واحد من النصفين، و باختلاطهما يكون الاشتراك على نحو الاشاعة مقتضياً لأن يكون الربح الحاصل من المال مشتركاً بينهما بالنصف، لأنه هوالذي تقتضيه المضاربة. فأيضاً يكون كلام المالك رافعاً لاجمال ما كان تقتضيه المضاربة بعقده، فان كان المالك معيناً لأحد النصفين

(مسألة ٢٧)- يجوز اتحاد المالك و تعدد العامل مع اتحاد المال أو تمييز مال كل من العاملين، فلو قال: ضاربتكما و لكما نصف الربح. صح و كانا فيه سواء.

ولو فضل أحدهما على الاخر صح أيضاً وان كانا في العمل سواء، فان غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير، و هذا لابأس به ويكون العقد الواحد بمنزلة عقدين مع اثنين، و يكون كمالوقارض أحدهما في نصف المال بنصف و قارض الآخر في النصف الآخر بربع الربح، ولا مانع منه. وكذا يجوز تعدد المالك و اتحاد العامل، بأن كان المال مشتركاً بين[١] اثنين فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف

والذي يختص بنفعه العامل ولا تعيين لنصفه الآخر بكونه للمالك فقهراً يكون النصف الذي ذكره المالك ربحاً للعامل مبهماً.

ومن الواضح أن المجاز من المالك تمام التصرف في جميع المال، فقهراً يكون قوله «لك نصف ربحه» مبيناً لاجمال الشركة في تمام الربح، فلا يفرق عن الفرض الأول.

وعلى هذا فيرتفع كلا الشقين من الاشكال الذي أورده الشيخ «قدس سره»:

أما الشق الأول- فان المضاربة انما وقعت على جميع المال، و نفس هذا الايقاع يقتضي أن يكون الربح مشاعاً في جميع المال، ولايكون مايدل على عدم الاشاعة في جميع المال، ولكن الحصة المختصة بالعامل والحصة المختصة بالمالك غير معينة، فيكون المالك بقوله «ولك ربح نصفه» معيناً من تلك الناحية.

وأما الشق الثاني- من اشكال الشيخ فيكون في مقدار ما يستحقه العامل مجهولاً، فان للجهالة بعد أن لم تكن مضرة في باب المضاربة -لأن بناء المضاربة على الجهالة- فانه في المقام لا تكون جهالة بعد بيان المالك في العقد بقوله «لك ربح نصفه»، وعلى هذا فلا اشكال فيه.

[١] هاهنا مسائل لابد من التعرض لها:

مثلاً متساوياً بينهما أو بالاختلاف، بأن يكون في حصة أحدهما بالنصف وفي حصة الآخر بالثلث أو الربع مثلاً.

وكذا يجوز مع عدم اشتراك المال، بأن يكون مال كل منهما ممتازاً و قارضاً واحد مع الاذن في الخلط مع التساوي في حصة العامل بينهما أو الاختلاف، بأن يكون في مال أحدهما بالنصف وفي مال الآخر بالثلث أو الربع.

المسألة الأولىٰ: بعد أن كان عقد المضاربة عبارة عن ايقاع العقد على المال من طرف المالك فيسلط المالك على ماله و بقبول العامل هذا الايجاب، معناه تسليط المالك على عمله، فيكون هنا تسليطين مقدمة هذين التسليطين للاسترباح بهذا المال. وعلى هذا فيكون هناك مقدمتان للاسترباح بالنسبة الى العاملين في هذا المال.

ومن الواضح أن تسليط كل عامل على هذا المال لايمكن أن يكون مربوطاً بالتسليط الآخر، من جهة أن كل مقدمة تكون ناظرة الىٰ ذي المقدمة، و ذو المقدمة تكون عبارة عن حصول الربح المتوافق بينهما، فاذا تعددت المقدمات تكون كل مقدمة منحازة عن الأخرىٰ، لأن كل مقدمة علة لحصول ذي المقدمة.

و نتيجة ذلك أن يكون مفيداً لفائدتين، و من المحال كون المقدمتين مؤثرتان في ذي المقدمة بنحو واحد، بل يكون تأثيرهما مستقلاً كل واحد بماهو عن الآخر، و يكون ذلك بمنزلة عقدين لكون مجال التأثير.

وعلى هذا فلا اشكال في كون أجرتهما على نحو واحد أو يكون متفاوتاً، كما أن اختلاف الأجرة كل واحد غير مربوط بالآخر، لأن كل علة تقتضي معلولاً برأسه.

ومن الواضح أن التسليط الحاصل من العقد الناشئ من قبل المالك يستحيل أن يكون شاملاً للمقدمة الأخرىٰ، لأن شأن العلية لابد أن لايكون اطلاقه الا لمعلول نفسه و يكون مختصاً به ولا اطلاق له لأن يكون شاملاً لعلة الآخر الذي يكون في

....

عرضه، و ذلك لحفظ السنخية الموجودة بين العلة والمعلول، وعلى هذين الارتباطين يكون مستقلاً. و بعد استقلالهما يمكن أن تكون الأجرتان متساويتين أو تكون احداهما زائدة عن الأخرىٰ و ناقصة عن الثانية كماهو المفروض، فالمال الواحد وان لم يكن له امتياز بينهما اذا جعل نصفين بل كان هناك مال واحد و مقارضة عاملين في هذا المال الى عاملين تارة يعطىٰ بالمقدار المتوافق بينهما و يسلطانهما على هذا المال و كذلك العامل الآخر يسلطه على هذا المال و يكون المالك بأنشائه موجباً لتسليطين على مال واحد، فقهراً كل واحد موجباً لمقدمة لجر النفع للمالك والعامل بانشاء واحد، وتكون كل مقدمة مقتضية لايعاز النفع الى العامل والمالك ، وتكون كل مقدمة مقتضية لمعلول برأسه. وان كان المقدار المتوافق بين كل واحد من العاملين مختلفاً، أو كان الشغل متفاوتاً، لأن كل علة لها معلول برأسه ولايكون كل واحد شاملاً للاخر.

وهكذا لوكان المالان مختلفين، وأنشأ المضاربة بالمال لعامل بمقدار من المال والمضاربة بالمال لعامل آخر بانشاء واحد. فكذلك حيث أن المالين منحازان وكان لانشاء واحد أنشأ القراض فتكونان مقدمتين لعلتين، فقهراً كل علة تقتضي أن يكون لها معلولاً برأسه لاارتباط بينهما و يؤثر اثره من غير ارتباط بالآخر، ويكون ارتباط العاملين المضاربين كل واحد مقدمة لذي المقدمة، كما أن العامل الآخر يكون الانشاء له مقدمة لذي المقدمة.

و نتيجة ذلك : ان هاتين المقدمتين تؤثران في العلتين المنحازتين كل برأسها لامساس بينهما.

وعلى هذا فلا فرق بين أن يكون المال منحازاً أو لا كما هو واضح.

المسألة الثانية: أن يكون المالك متعدداً والعامل واحداً، أو العامل واحداً فيكون المال مشتركاً بين المالكين و قارضا بعقد واحد لعامل واحد متفاضلين في الربح أو متساويين. فان الأمر يكون كذلك ، وذلك لأن العقد وقع بين المالكين في مال

....

مشترك بينهما على التساوي أوعلى التفاضل، كما اذا كان المالكان مشتركين في (الف) وكانت شركتهما في هذا المال على التساوي، بأن كان لكل منهما نصف هذا المبلغ، و قارضا عاملاً واحداً على التجارة به بعقد واحد، فاشترط العامل لزيد الذي يسهم في المال المشترك بخمسمائة بمقدار من الربح واشترط لعمرو الذي يسهم في المال المشترك بخمسمائة بمقدار من الربح على نحو التفاضل عما اشترط لزيد أو على التساوي. فان المال لماكان مشتركاً بين المالكين وهما أوقعا هذا العقد، فمعناه أن المالكين بايقاع العقد قد جعلا المالين تحت سلطنة العامل والعامل بقبوله العقد جعل عمله تحت سلطنة المالكين مقدمة لحصول النفع له ولهم، فتكون كل واحدة من السلطنتين علتين برأسهما لما له الأثر من حصول النفع منه.

و نتيجة ذلك: هو النفع المتسالم فيه ذلك كان العمل هو جرَّ النفع من هذا المال، وهو عبارة عن ذي المقدمة، فان صورة تساوي اشتراكهما في المال أو التفاضل لافرق في ذلك، اذ المقدمة هي التسلط للعامل في المال وذي المقدمة هي النفع العائد من هذا المال، فلو كانا متساويين في المال أو النفع العائد من هذا المال لافرق بينهما، لأن ذلك مربوط برضاهما -المالك والعامل- فان المالكين على تقدير شركتهما و عدم الامتياز في ماليهما فان ايقاع المضاربة منهما بعقد واحد لعامل واحد بالمضاربة بهذين المالين تكون نتيجتهما أن هناك متقدمتين لذي المقدمتين يؤثر أثرهما في ايجابه لكل مقدمة نحو تأثير في ذيها برأسه، و يكون بصورة التساوي أو التفاضل في الربح العائد الىٰ المالكين. فلافرق في ذلك، لأنه يعمل في المال بعمل واحد و يجر نفعاً واحداً. فيمكن أن يشترط لمالك أزيد أو أنقص من الطرف الآخر، و ذلك مقتضىٰ مقدميته و كذلك مقتضىٰ ذيها كما هو واضح.

المسألة الثالثة: ومن هنا تعرف أن المالكين اذا كانا غير مشتركين في المال

(مسألة ٢٨) - اذا كان مال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً واشترطا له نصف الربح و تفاضلا في النصف الآخر، بأن جعل لأحدهما أزيد من الآخر مع تساويها في ذلك المال أوتساويا فيه مع تفاوتهما فيه، فان كان من قصدهما كون ذلك للنقص على العامل بالنسبة الى صاحب الزيادة، بأن يكون كأنه اشترط على العامل في العمل بماله أقل مما شرطه الآخر له، كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته و شرط له صاحب النقيصة ثلثي ربح حصته مثلاً مع تساويهما في المال. فهو[١]

بل كانا ممتازين في ماليهما، فقارضا عاملاً واحداً في المضاربة بالمال مع الاذن في الخلط، فان العامل شرط لأحدهما بالنصف و شرط للاخر بالربع كانا متساويين في المقدار أو كان أحدهما أكثر من الآخر و كان اشتراط الربح لمن كان ماله أقل ربحاً و أكثر لمن كان ماله أكثر، فلا يضر بالعقد الواقع بالمضاربة ذات المالين، وتكون هناك مقدمة وذي المقدمة كما عرفت تفصيله.

[١] هذه المسألة تحتوي على فروع:

الفرع الأول: اذا كان المال مشتركاً بين اثنين و قارضا عاملاً واحداً -بحيث يكون كلا المالكين في المال المشترك لعامل واحد- و معنى ذلك أن العامل له التصرف في تمام المال و يكون الربح نصفه للعامل والنصف الآخر للشريكين، فيكون هناك عقد واحد صادر من الشريكين للعامل الواحد، كالبنوك التي تقبل المال لأكثر من واحد و يعمل البنك بالمضاربة في أموال الشركاء.

وعلى هذا يكون كالمقام، الا أن الفرق بينهما و بين أعمال البنك من جهة أخرى كما هو واضح.

و عليه فيكون العامل عاملاً لكلا الشريكين، والنصف العائد من العامل يكون للمالكين على نحو الاشاعة شريكين فيه، لأن النصف العائد من العامل على نحو الاشاعة فقهراً يكون وصوله الى الشركاء على نحو الاشاعة، فيكونان مالكين للربح

صحيح، لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل، وان لم يكن النقص راجعاً الى العامل بل على الشريك الآخر — بأن يكون المجعول للعامل بالنسبة اليهما سواء لكن اختلفا في حصتهما بأن لايكون على حسب شركتهما — فقد يقال فيه بالبطلان، لاستلزامه زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوي المالين أو تساويهما مع التفاوت في المالين بلاعمل من صاحب الزيادة، لأن المفروض كون العامل غيرهما ولايجوز ذلك في الشركة.

على هذا النحو.

ومن الواضح أن العامل انما يسلط المالكين على عمله لكليهما، وهما أيضاً يسلطان العامل على ما يملكان مقدمة لحصول الربح. وفي هذا المجال يكون الربح العائد الى المالكين من ناحية العمل الواجد له العامل بعمله، وليس على المالك الا وضع المال بيد العامل، كما ذكرناه في البحث السابق.

وعليه فان العامل انما يكون متصرفاً بمال كلا المالكين، و قهراً يكون العقد الواقع بين الشريكين كالعقد الواقع بين المالكين، فتكون مقدمتين لحصول الربح، و تكون كل مقدمة مقتضية لذي المقدمة الخاصة بها. فيمكن أن يشترط لكل من المالكين ربحاً غير الربح المشترط للاخر، فيمكن أن يكون الربح المشترط من المال في مقدار شريكاً فيه و مع ذلك يشترط ربحاً زائداً للاخر ولو كان في العمل متساوياً، لأن المضاربة انما تصح بين العامل والمالك فيما تراضيا به. ولا اشكال فيه.

وانما الاشكال في أن المال انما يكون للمضاربة واقعاً بين مالكين شريكين في المال الواحد المشترك بينهما، والربح الحاصل من المال يكون بقدر ربح أحد المالين، فكيف يمكن أن يتراضيا مع أحد المالكين بمقدار أقل و يكون لشريكه الآخر المقدار الأزيد. وعلى هذا فتختل ماهية المضاربة، فان تراضيا فالأمر سهل.

وأما كون أحدهما اقل والاخر ازيد فذلك لاينافي طبيعة المضاربة. ولوكان

والأقوى الصحة، لمنع عدم جواز الزيادة لأحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه، فان الأقوى جواز ذلك بالشرط. و نمنع كونه خلاف مقتضى الشركة، بل هو خلاف مقتضى اطلاقها. مع أنه يمكن أن يدعى الفرق بين الشركة والمضاربة وان كانت متضمنة للشركة.

حصة أحدهما اقل بأضعاف من الآخر ولوكان المال مشتركاً فيمكن أن يجعل مقدار الربح مشتركاً بينهما و يجعل ربح الآخر لأحدهما.

الفرع الثاني: ان المال لما كان لشريكين و كان العامل واحداً فيكون مقتضى أدلة المضاربة هو أن تصرفات العامل لا تكون الا باجازة الشريكين في التصرف المربح.

وعليه فان كان قد اشترط على العامل أن تكون حصة أحد الملاك زائدة عن المالك الآخر، فلا اشكال كما تقدم. وأما اذا حكم أحد الشريكين بأن الربح الحاصل من هذا المال أزيد من شريكه وكون ربح الشريك الآخر أقل، فان ذلك هل تصح فيه المضاربة أم لا؟

فان المفروض أن يشترط على شريكه أن يكون له مقدار من الربح الحاصل من المال أزيد من شريكه برضاية من شريكه، فهل يصح ذلك أم لا؟

والجواب: انه يشكل في ذلك، و اشكاله لايعود الى العامل كما توهم، بل يكون الأمر بين الشريكين، فان المال مشترك بينهما مشاعاً و قهراً يكون الربح مشتركاً بينهما مشاعاً، لأن الربح يعود الى الأصل فيتبع اصله، فان أدلة المضاربة لابد وأن تشمله. كما أن الشركة المشترطة لابد وأن تكون بين المالكين، و رضاية الذمم في المقام لابد وان تكون بين المالكين دون العامل كما هو واضح. وقد أوضحناه على حسب القاعدة في المسألة السابقة.

أما من ناحية العامل فان صاحب رأس المال جنس يساوي بين واحد و اكثر، فهذا لاربط له بالعامل. وأما بالنسبة الى الشريكين حيث يريد أحدهما ربحاً أكثر

....

من شريكه، فان اشكال القوم بحصول أحد الشريكين مبلغاً أكثر من الشريك الاخر أيضاً اجنبي عن المقام، لأن المقام مقام المضاربة لامقام العمل بالمال، ولاكون العامل في المضاربة بمنزلة الوكيل حتىٰ تكون زيادة ربح أحدهما من باب أن وكيل الطرف انما أخذ الربح من دون عمل، بل المقام مقام المضاربة. فاطلاق كون المالك أزيد من واحد يقتضي أن يكون الربح في المال المشترك لواحد أقل ولواحد من الشركاء يكون أكثر. هذا اذا كان بدون الشرط.

وأما مع الشرط بين المالكين -بحيث كان شرط المالكين بأن ربح أحدهما يكون أكثر من ربح الآخر- فأيضاً لا اشكال فيه، لأن المحذور هو اشتراط الربح للأجنبي. وأما اشتراط الربح للمالك فذلك لايكون مورداً للاشكال، لأن المحذور كون المشترط يشترط الربح لشخص أجنبي.

وهذا المحذور وان كان مورد اشكال الا أنه أجنبي عن المقام، لأن المشترط يشترط زيادة الربح للمالك، ولما كان اطلاق المضاربة مورد التجويز فلا محذور في ذلك، فان العامل عامل بهذا المال و يكون عقد المضاربة واقعاً بين المالكين وهذا المال، فيكون العامل عاملاً واحداً بالعمل في مال واحد، و لهذا انما يؤدي بنصف الربح لهذين المالكين، اذ أن العامل يعمل مضاربة فالربح يكون بين العامل والمالك. وهذا لايفرق بين كونهما واحداً او اكثر.

وعلى هذا لا تكون مسألة الشركة بين المالكين مطروحاً في المضاربة، بل المالك جنس الرجل الدافع للمال و اشتراط الربح يرجع الىٰ الجنس، فلا محذور في أن يشترط لأحدهما أزيد من الآخر، حتىٰ في مورد يكون سهم أحد المالكين من المال أقل من الشريك الآخر ومع ذلك يكون رجوع النفع اليه أكثر. فلايكون كاشتراط الربح للأجنبي حتىٰ يرجع الى أنه شرط مخالف لمقتضىٰ العقد، بل اطلاق عقد المضاربة يقتضي ذلك. ولا يكون شرطاً مخالفاً لمقتضىٰ العقد حتىٰ نقول بأنه خلاف اطلاقه، بل هو مقتضىٰ اطلاق ذلك كما لايخفىٰ.

(مسألة ٢٩)- تبطل المضاربة[١] بموت كل من العامل والمالك: أما الأول فلاختصاص الاذن به، وأما الثاني فلانتقال المال بموته الى وارثه. فابقاؤها يحتاج الى عقد جديد بشرائطه، فان كان المال نقداً صح، وان كان عروضاً فلا، لما عرفت من عدم جواز المضاربة على غير النقدين.

وهل يجوز لوارث المالك اجازة العقد بعد موته؟ قديقال بعدم الجواز، لعدم علقة له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ليكون واقعاً على ماله أو متعلق حقه.

---

[١] لابد من التعرض في هذه المسألة الى نقاط:

النقطة الاِولىٰ: في موت العامل.

النقطة الثانية: موت المالك.

النقطة الثالثة: الفرق بين موت العامل و موت المالك.

النقطة الرابعة: في أنه على جميع التقادير هل يحتاج الى تجديد العقد لأن يجمع الشرائط الواجدة له ابتداء المضاربة؟

النقطة الخامسة: ان من الممكن تجديد الاجازة للعقد السابق من وارث العامل او وارث المالك.

النقطة السادسة: هل هناك فرق بين اجازة البطن اللاحق لاجازة البطن السابق؟

النقطة السابعة: مسألة اجازة الورثة للزائد عن الثلث.

النقطة الثامنة: الفرق بين المقام ومقام اجازة الاجارة.

و هناك عدة نقاط نذكرها ضمن البحث فنقول:

أما النقطة الاولىٰ: فهي لومات العامل هل يوجب انفساخ العقد أو أن العمل ينتقل الى وارثه الذي يقوم مقامه؟

وهذا بخلاف اجارة البطن السابق في الوقف أزيد من مدة حياته، فان البطن اللاحق يجوز له الاجازة، لأن له حقاً بحسب جعل الواقف. وأما في المقام فليس للوارث حق حال حياة المورث أصلاً وانما ينتقل اليه المال حال موته، و بخلاف اجازة الوارث لمازاد من الثلث في الوصية وفي المنجز حال المرض على القول بالثلث فيه، فان له حقاً فيما زاد، فلذا يصح اجازته.

فان القاعدة في المقام تكون في مورد يكون ايقاع العقد من المالك بنحو وحدة المطلوب، اذ أن العقد – كما ذكره القوم– يكون اذنياً، واذنية العقد تقتضي النظر الى من له الاذن، وفي الواقع يكون الاذن صادراً من المالك، فان كان المالك يريد النفع كان من قبل هذا العامل أوغيره.

فنتيجته ان ايقاع العقد بهذا العامل على نحو تعدد المطلوب لايكون الاذن فيه مرتفعاً بموت العامل. وعليه يكون وارثه الذي يمكن له جلب الربح بهذا المال يقوم مقامه ولايكون على هذا المبنى موجباً لبطلانه.

وأما الاجماع المدعى في المقام، فان كلمات المجمعين مشحونة على أن المأذون هوالعامل و بموته ارتفع الاذن. و هذا المعنى لايستقيم على نحو تعدد المطلوب.

نعم كلمات الأصحاب انما تستقيم على فرض وحدة المطلوب، فان في وحدة المطلوب كان الأمر كماهو عليه القوم، من أن بموته يرتفع الاذن في العقد الاذني. وهذا يستقيم مع وحدة المطلوب وكذلك مع تعدد المطلوب. واذا كان يستقيم بذلك فلا مانع من أن يكون العقد الواقع من المالك باقياً و مستمراً حتى مع موت العامل ويكون العقد باقياً غير منفسخ، والذي يقوم مقام العامل المتوفى يدير هذا العمل يكون ببقائه يجمع مال المضاربة و يدفع الربح الموجود لورثة العامل المتوفى و يأخذ حصة المالك، واذا كان بنحو وحدة المطلوب كان للعامل المتوفى امكان القسمة أو يقوم بها المالك نفسه.

و نظير المقام اجارة الشخص ماله مدة مات في أثنائها على القول بالبطلان بموته، فانه لايجوز للوارث اجازتها. لكن يمكن أن يقال: يكفي في صحة الاجازة كون المال في معرض الانتقال اليه وان لم يكن له علقة به حال العقد، فكونه سيصير له كاف، و مرجع اجازته حينئذٍ الى ابقاء ما فعله المورث لاقبوله ولا تنفيذه، فان الاجازة أقسام، قدتكون قبولاً لما فعله الغير كما في اجازة بيع ماله فضولاً، وقد تكون راجعاً الى اسقاط حق كمافي اجازة المرتهن لبيع الراهن واجازة الوارث لما زاد عن الثلث، وقد تكون ابقاءً لما فعله المالك كما في المقام.

وأما بناءً على نحو تعدد المطلوب فله أن يستعمل المال للاسترباح و لايختص بالعامل المتوفى.

ومن الواضح: أن الأدلة انما تحكم بصحة المضاربة بين المالك و سنخ العامل من دون أن يكون مختصاً بعامل خاص، فالآثار المترتبة على العامل تكون دائرة مدار السنخية، و ذلك فيما اذا كان المالك موجوداً أو طرأ الموت على العامل.

و بهذا يتضح أن العامل اذا استقر بأنه سنخ العامل، فقهراً لامجال للكلام في أن المال لوكان ناضاً يفسخ العقد، وان كان المال عروضاً فان المضاربة مع الورثة لا تستقيم الا أن يكون المال نقداً. فان هذا المعنى انما يصح لوكان العقد الواقع من المالك للعامل على نحو وحدة المطلوب.

وجهة أخرى: وهي أن المستفاد من أدلة المضاربة أن صحته مبتنية على أن يكون العامل الطرف للمضاربة هو سنخ العامل لاشخص العامل، فان كان شخص العامل كان كلام الأصحاب تاماً، فانه بموته ينفسخ عقد المضاربة وتأتي فيه شروط القوم.

وأما اذا كانت صحة المضاربة كونها بين المالك و سنخ العامل، فاذا مات

....

العامل يكون هناك مجال لعدم بطلان المضاربة وتكون القسمة للسنخ والتصرف للسنخ، ويتكفل العامل الفعلي بجميع التصرفات الواجدة له، ولا يبطل العقد كماهو واضح.

النقطة الثانية: تبطل المضاربة بموت المالك في هذه العقود الاذنية من مثل الوكالة والعارية والوديعة. وقيل في وجهه: بان قوام مثل هذه العقود باذن الغير المعلوم فواته بموته، كما أن الطرف الآخر - أي العامل - أيضاً يكون قوام اذنه بوجوده الفائت بفوته.

ويمكن الخدشة فيه: بأن مقتضىٰ ذلك استحالة بقاء الوكالة بعد عزله واقعاً ولو لم يبلغه وليس كذلك، وذلك يكشف عن اقتضاء أمثال هذه العقود نحو اعتبار قابل للبقاء مع عدم رضاه بعمله. وحينئذٍ لاقصور في بقائه حتىٰ بعد الموت.

ومن الواضح لو أن الوكالة كانت بنحو شرط النتيجة في عقد لازم على مابيناه من صحته، فان ذلك لايبطل لومات الموكل. فمن ذلك يكشف أن لهذه العقود مضامين قابلة للبقاء حتىٰ بعد الموت. الا أن يدعىٰ أن سنخ العقود الاذنية سنخ أبواب الاستنابات من قبل الشخص كونه انما يريد النيابة في زمان وجوده لا مطلقاً، وذلك أيضاً لامن جهة استحالة البقاء الى بعد الوجود، اذ لا قصور في صحة الاستنابة بعد الموت أيضاً، كماهو الشأن في الوصية الى الغير. بل من جهة قصور النظر بأزيد من زمان حياته، فلوكان نظره غير قاصر عن زمان حياته فلا اشكال في بقائه فان كان هناك اجماع تعبدي يحكم ببطلان المضاربة بعد موت العامل أو المالك فيؤخذ به، وان كان الاجماع من جهة المدرك فان كلام المجمعين يكون من حيث المدرك، وذلك مخدوش كما ذكرنا.

النقطة الثالثة: هل هناك فرق بين موت المالك وموت العامل في المضاربة؟ فان كلام المجمعين الذي يمكن ادعاؤه أن ذلك يكون محط اجماعهم أيضاً الحاق الجنون والاغماء بالموت بخلاف السكر والنوم ولوكان خارجاً عن العادة فضلاً عما

....

كان من العادة، فذلك يكشف عن أن المالك أو العامل انما يريد بايجابه أو بقبوله الربح لنفسه ولايكون في صدد الربح لورثته.

وهذه الجهة لما كانت مورد اشتراك بين العامل والمالك، فان المال لما كان للمالك فان موت العامل اذا كان قبل وجود الربح أو بعد وجود الربح لافرق فيه، فان العقد لوكان باطلاً من جهة الاجماع لايفرق بينهما، وان كان له اعتبار البقاء -خصوصاً لو استفدنا من الدليل جنس العامل وقلنا بأن الآثار المترتبة على ذلك انما تترتب على الجنس- فان موت العامل أهون من موت المالك في جهة عدم بطلانه.

و يمكن أن يقال: أن كلمات المجمعين انما قرروا اجماعهم في الموت تعبداً لامن جهة كونه نائباً كما شككنا في ذلك، وان كان ذلك أيضاً كذلك فيمكن التشكيك فيه، من جهة أنه لوكان بعنوان النيابة فان المكلف لواستناب في أمر فان استنابته تقتضي كونه انساناً، وانسانية المكلف تقتضي كون التكليف الوارد من الشارع اليه بما هو انسان من جهة النوم الخارق عن العادة الذي لايكون بسوء اختياره، و كذلك السكر الخارق عن العادة الذي لايكون بسوء اختياره، فانسانية الانسان تقتضي ذلك، وان أريد استثناؤه يكون خلاف شؤون الانسانية.

وهذا بخلاف الموت، حيث أن الموت أمر يكون على خلاف المتعارف، فنظر الشارع لايكون شاملاً له. فلهذا لم يقع اجماع على بطلان المضاربة بالنوم الخارق عن العادة أو السكر و غير ذلك.

النقطة الرابعة: الأمر كما عرفت في أن الموت اذا كان موجباً لبطلان المضاربة كان العقد غير واقع، ولابد وان يكون وقوعه بعد ذلك محتاجاً الى جميع الشرائط.

وأما بناءً على ما استفدناه من كلمات المجمعين يكون العقد باقياً ولايكون موت أحدهما موجباً لتجديد العقد، سواء كان المال عروضاً أو نقداً كما هو واضح.

....

النقطة الخامسة: ان كان البناء على بطلان العقد الجائز من جهة أنه استنابة و نظر المنوب عنه وهو كون النيابة مقتصرة على زمان حياته، فان العقد لايكون باقياً بعد الممات.

وعلى هذا ليس للعقد قابلية البقاء حتى نقول: بأن السلطنة على ايقاع العقد قاصرة عن الشمول لما بعد الموت، فلايكون لواحد من ورثة العامل أو المالك. فالسلطنة على اجازة العقد انما تكون مقتصرةً على العقد الأبدي لا العقد الذي أوقعه السلطنة على بعض الأزمنة دون البعض. وبهذا يخرج عن كونه كعقد الفضولي، اذ على ما استفدناه من كلمات المشهور على تقدير البطلان هو أن الوارث لايكون مما هو في معرض الانتقال، بل هو في معرض عدم الانتقال اليه، فيكون خارجاً عن مورد اجازة الفضولي تخصصاً.

وأما على مبنانا فلايكون العقد في معرض البطلان حتى يحتاج الى اقرار لما فعله بالعقد، فانه لم يتغير و يبقى على ماهو عليه، وانما التغير بالموت يكون للمالك أو العامل.

و بناءً على تعدد المطلوب، فان العامل لم يتغير أصلاً، كما أن على وحدة المطلوب قلنا ان المستفاد من أدلة المضاربة أن العقد الواقع انما يصح بالمالك و سنخ العامل، فقهراً عند موته يتغير الشخص. وأما السنخية فهي باقية ويكون محكوماً بالآثار المترتبة على السنخ، وكل الآثار التي قلنا بترتبها على السنخ كما بيناه مفصلاً.

و بهذا قد عرفت أن المقام يكون كمقام اجازة البطن اللاحق لما قرره البطن السابق، لبقاء العقد على ما هو عليه.

وأما اجازة الوارث لماوصى به المورث فيمازاد عن الثلث، فأيضاً لادخل له في المقام، كما يظهر عند التدبر. ولا اجازة المرتهن لبيع العين المرهونة، لكون ذلك أجنبياً عن المقام.

(مسألة ٣٠) - لايجوز للعامل أن يوكل وكيلاً في عمله أو يستأجر أجيراً الا باذن المالك. نعم لابأس بالتوكيل أو الاستيجار في بعض المقامات على ما هو المتعارف، وأما الايكال الى الغير وكالة أو استيجاراً في أصل التجارة فلايجوز من دون اذن المالك، ومعه لا مانع منه كما أنه لا يجوز له أن يضارب غيره الا باذن المالك [١].

---

[١] ان المنصرف في المضاربة مع العامل يقتضي كون التصرف المربح للمال بمباشرة العامل، ولكن هذه المباشرة المربحة تقتضي أموراً لابد للعامل من الاستعانة بالغير فيها، فان العمل بالمال انما يحتاج الى الدلال أو الاستعانة بمن يقوم مقام العامل عند غيابه في بعض الحوائج.

فذلك أمر مفروغ عنه كما قال به الماتن، الا أن الكلام بحجم أوسع، و ذلك أن العامل صار عاملاً للمالك بتوسط عقد المضاربة، فالذي يقتضيه عقد المضاربة كون العامل مأذوناً اذناً عاماً بحيث لايحتاج الى اذن جديد، وذلك لأن المالك لما أوقع عقد المضاربة مع العامل في الاسترباح والاذن العام بهذا المعنى يقتضي أن يكون العامل مجازاً في الا تجار من القلب والانقلاب في المال لحصول الربح. وهذا التفويض المطلق الذي صدر من المالك لأجل حصول الربح يقتضي كون العامل مجازاً من قبل المالك في ايجاد الربح وجلب النفع اليه، سواء كان بالمباشرة فيما يقتضي عرفاً كونه بمباشرة العامل، وما يقتضي كونه بغير مباشرة العامل كالاحتياج الى الدلال ونحوه يكون كذلك مجازاً فيه من طرف المالك بنفس عقد المضاربة، فان الاسترباح يقتضي أن يضارب غيره في بعض الأمور، فذلك يكون منوطاً به.

و نتيجته: ان كل ما يكون دخيلاً في حصول الربح كان اطلاق أدلة المضاربة شاملاً له، ولايكون محتاجاً الى اذن خاص فيه.

وأما مالايكون دخيلاً في حصول الربح، فذلك لا تقتضيه عمومات المضاربة. و يكون محتاجاً الى اجازة المالك.

(مسألة ٣١)- اذا أذن في مضاربة الغير: فاما أن يكون بجعل العامل الثاني عاملاً للمالك، أو بجعله شريكاً معه في العمل والحصة، واما بجعله عاملاً لنفسه. أما الأول فلامانع منه و تنفسخ مضاربة نفسه على الأقوى، واحتمال بقائها مع ذلك لعدم المنافاة كماترى، ويكون الربح مشتركاً بين المالك والعامل الثاني، وليس للأول شيءٌ الا اذا كان بعد أن عمل عملاً و حصل ربح فيستحق حصته من ذلك، وليس له أن يشترط على العامل الثانى شيئاً من الربح بعد أن لم يكن له عمل بعد المضاربة الثانية[١]، بل لوجعل الحصة للعامل في المضاربة الثانية أقل مما اشترط له في الأولى - كأن يكون في الأولى بالنصف و جعله ثلثاً في الثانية- لايستحق تلك الزيادة، بل ترجع الى المالك.

وأما ماله دخل في الاسترباح، فالعمومات شاملة له ولانحتاج الى اجازة جديدة فيه لاذن المالك، فالعمومات متكفلة له كما هو واضح.

[١] المالك اذا أجاز للعامل المضارب أن يضارب عاملاً آخر، فان اذنه للمضاربة مع العامل الثاني لايخلو من وجهين: اما أن يكون على نحو وحدة المطلوب، أو على نحو تعدد المطلوب.

وعلى هذين التقديرين: تارة يكون عمل الأول للثاني أيضاً، وأخرى يكون على نحو وحدة المطلوب، و ثالثة على نحو تعدد المطلوب.

وفي مثل هذه الفروض الأربعة تارة تكون اجازة المالك للعامل الاول على نحو وحدة المطلوب ويكون العامل الاول عاملاً للثاني على نحو تعدد المطلوب، وتارة يكون أمر المالك للعامل الأول على نحو وحدة المطلوب ويكون عمل العامل الأول للعامل الثاني أيضاً على نحو وحدة المطلوب، و تارة يكون أمر المالك للعامل الأول على نحو تعدد المطلوب وعمل العامل الأول بأمر المالك على نحو وحدة المطلوب.

فالجهات التي لابد من بحثها في هذا المسألة عديدة نتعرض لها على التوالي:

و ربما يحتمل جواز اشتراط شئ من الربح، أوكون الزيادة له، بدعوىٰ أن هذا المقدار -وهو ايقاع المضاربة ثم جعلها للغير- نوع من العمل يكفي في جواز جعل حصة من الربح له.

وفيه: أنه وكالة لامضاربة.

الجهة الأولىٰ: في أجازة المالك.

فان طبع اجازة المالك للعامل الأول لأن يعامل بالمضاربة مع عامل آخر تقتضي أن يكون صدور العقد من العامل الأول للمضاربة الثانية عبارة عن صدور العقد من المالك، فيكون العقد الثاني صحيحاً من هذه الناحية، فلايمكن أن يقال: بان عقد المضاربة لابد وأن يكون صادراً من المالك، والمفروض عدمه، لأن اجازة المالك تجعل العامل الأول نائباً في هذه الجهة، فمن هذه الناحية لا اشكال فيه.

الجهة الثانية: في العامل الأول والثاني.

ان المالك على ما استظهر من الروايات له أن يعامل سنخ العامل، وكما أن السنخية تتحقق طولية كذلك يمكن أن تكون عرضية، فان السنخ يتحقق بكلا الجهتين. فاذا أمكن تحقق ذلك بهذه الجهة فالأمر يدور بين أن يكون أمر المالك بعقد مضارب آخر، و بين كون المضارب الثاني مضارباً للعامل الأول أو ان يكون مضارباً للمالك.

ومن الواضح أنه لوكان مضارباً للمالك لايكون موجباً لبطلان المعقود مع العامل الأول، لأنهما لايتنافيان. و بعد المضارب الأول المضارب الثاني لايوجب بطلان المضارب الأول، ولوكان قد أوقع المضاربة مع العامل الأول بنحو وحدة المطلوب، ولكن ايعازه للمضارب الأول بأخذ مضارب ثان يكون المضارب الثاني أيضاً كذلك بنحو وحدة المطلوب.

و نتيجة ذلك: أن يكون كلا المضاربين مضاربان للمالك ويكون الربح بين المضاربين، و تصح مضاربتهما للمالك على هذا المال، ويكون الربح مشتركاً

والثاني أيضاً لامانع منه، وتكون الحصة المجعولة له في المضاربة الأولى مشتركة بينه و بين العامل الثاني على حسب قرارهما.

وأما الثالث فلايصح من دون أن يكون له عمل مع العامل الثاني، ومعه يرجع الى التشريك.

بينهما -أي بين العاملين والمالك- لأن وحدة المطلوب لا تنافي كون العامل الأول عاملاً للمالك في هذا المال، وهو مأمور لأن يعامل عاملاً آخر للمضاربة أيضاً على نحو وحدة المطلوب، بعد أن السنخ بطبيعته يكون شاملاً للعامل عرضاً أو طولاً كما هو واضح.

و بهذه الجهة ايقاع عقد المضاربة والايعاز بأن يعامل عاملاً آخر لايوجب بطلان عمل الأول، ولوكان بنحو وحدة المطلوب.

اذ وان كان عمل الأول من المالك على نحو وحدة المطلوب، ولكن اجازته لأن يضارب عاملاً آخر في العقد بنحو وحدة المطلوب. وذلك بعد أن كان العامل سنخاً، و طبيعة السنخ تشمل الافراد العرضية والطولية، فقهراً يكون معنى شموله كذلك بأن تكون الوحدة مقتضية لأن يكون الربح منحصراً بين العاملين، حتى في المورد الذي كان العامل الثاني آخذاً على نحو وحدة المطلوب، لأن العامل سنخ في كلا الفرضين، فتكون وحدة المطلوب هي وحدة المطلوب في السنخية الشاملة للطولية والعرضية.

والفروض التي ذكرها الماتن لا تنطبق على قواعد باب المضاربة، اذ المضاربة لما كانت عبارة عن التفويض المطلق المستفاد من عقد المضاربة وكان المالك في هذا التفويض المطلق أراد من عامله أن يضارب غيره بنحو وحدة المطلوب، فان اذنه في العقد يجعل له التفويض المطلق المستفاد من عقد المضاربة طارئاً على العامل طولاً أو عرضاً، وهو لاينافي وحدة المطلوب كما ذكرنا.

الجهة الثالثة: في العقد الشخصي الجزئي.

....

كانت الجهة الثانية في بيان كون وقوع العقد من المالك على العامل، والعامل المأخوذ فيه صحة المضاربة مع سنخ العامل. وايقاع عقد المضاربة يقتضي أن يكون واقعاً بين المالك والعامل، ولكن هذا الوقوع يقتضي كونه سنخياً كما تقدم.

ولكن اذا كان العقد الواقع بين العامل والمالك شخصياً لاسنخياً -بمعنىٰ أنه أريد في هذا العقد الشخصي الجزئي- فيمكن أن يتصور وحدة المطلوب كما يمكن تصور تعدد المطلوب، فتصح التقسيمات.

وعليه نقول: على هذا البيان تتفرع عدة فروع دون ما استظهرناه أولاً كماهو الحَق، وهي كالآتي:

الفرع الأول: اذا عقد المالك مع العامل عقد المضاربة وفي ضمن العقد أراد من العامل أن يضارب عاملاً آخر، أو كان عقد المضاربة الواقع بين العامل والمالك على نحو وحدة المطلوب، فان معنى وحدة المطلوب في المقام أنه لايريد المالك أن يعمل في ماله الا عامل واحد، أو المفروض أن العامل الثاني الذي يضاربه العامل الأول أخذ أيضاً على نحو وحدة المطلوب فما مصير المضاربتين؟

ان المالك لما ضارب العامل مقتصراً عليه، معناه أنه يريد عاملاً واحداً للتجارة بالمال والاسترباح فيه، و معنىٰ وحدة المطلوب أنه لايريد شريكاً له في الاسترباح.

ومن ناحية أخرىٰ: أمره في العقد بأن يضارب غيره و ضارب العامل الأول العامل الثاني أيضاً على نحو وحدة المطلوب، و معنى ذلك كون عمل الثاني أيضاً يريد أن يكون منحصراً و مقتصراً فيه لايريد شركة غيره في الاسترباح.

و نتيجة ذلك: ان العقد انما ينحصر في العامل الثاني، ويكون الربح مشتركاً فيه المالك والعامل الثاني، ويكون العامل الأول بعد وقوع العقد واقعاً بين المالك و بينه عبارة عن التفويض المطلق وكونه هو العامل على نحو وحدة المطلوب كما هو المفروض، وقلنا بأنه يشمل العامل ولو كان طولياً. ولهذا تصح مضاربة العامل

....

الثاني ويكون عاملاً للمالك ولكن بوسيلة العامل الأول، فقهراً يكون الربح مشتركاً، لما قلناه بأن العامل عامل للمالك ولكن بالطول، وطولية ذلك أن المالك انما أنشأ بعقد واحد عاملين أحدهما يعامل الآخر و يضاربه. ويكون التفويض المطلق المستفاد من عقد المضاربة مع العامل الأول يوجب ان يكون تفويضين لعاملين أحدهما علة لوجود الآخر على نحو وحدة المطلوب ويكون الربح مشتركاً بينهما، وان لم يصدر عمل من العامل الأول غير ايعازه بأخذ مضارب آخر كماهو المفروض. وأما اذا صدر منه عمل مربح فذلك أمر آخر موكول لكونه عاملاً بلا منازع.

الفرع الثاني: اذا عقد المالك مع العامل الأول بعقد المضاربة على نحو تعدد المطلوب، بمعنى أن المالك عقد المضاربة مع العامل الأول على نحو أن يكون عاملاً من عماله في ايجاده الربح من دون اختصاص به كذلك، بل لاينافي أن يعقد في هذا المال مضاربة مع عامل آخر في ايجاده الربح والتفويض في استحصاله.

ومن الواضح أن هذا التفويض المطلق بعد المضاربة مع العامل الثاني على نحو تعدد المطلوب، بمعنى أن عقد المضاربة المعقود معه غير منحصر به.

وعلى هذا كان عقد المضاربة مع المالك للعامل الأول على نحو تعدد المطلوب، و معنى تعدد المطلوب أن يكون العمل والاسترباح غير منحصر به والعامل الأول حيث أنه المستفاد من التفويض المطلق.

ونتيجة ذلك: كون العامل الثاني عاملاً للعامل الأول، والربح الحاصل من المالك للعامل الثاني، فلابد وأن يقطع من المقدار المتوافق عليه مع المالك مقدار المتوافق مع العامل الثاني، ولا ربط للعامل الثاني مع المالك كما هو واضح.

الفرع الثالث: اذا ضارب المالك العامل الأول على نحو تعدد المطلوب وأجاز المالك لعامله أن يضارب العامل الثاني على نحو المضاربة، فضارب العامل عاملاً

....

ثانياً على نحو وحدة المطلوب. فمن الواضح أن العامل الثاني لا يكون مسؤولاً عن الربح و رأس المال الا في قبال العامل الأول، ولايكون مسؤولاً في قبال المالك والعامل الأول انما يكون مسؤولاً لرأس المال والربح للمالك من جهة التفويض المطلق المستفاد من عقد المضاربة. و بعد انعقاد عقد المضاربة بنحو تعدد المطلوب وأجاز المالك للعامل أن يعقد المضاربة كيفما أراد و ضارب العامل الأول العامل الثاني على نحووحدة المطلوب، فان العامل الثاني لايكون مسؤولاً عن الربح ولا عن رأس المال الا في قبال العامل الأول، ولايكون مسؤولاً في قبال المالك أصلاً، ولايكون مسؤولاً الا في قبال العامل الأول. و يترتب عليه نتائج.

فلو خسر في معاملا ته أو شرط على العامل بعض الشروط في المضاربة، فان سلسلة المراتب تكون محفوظة مادام عقد المضاربة باقياً. نعم لورجع المالك الأول عن مضاربته يوجب بطلان مضاربة الأول، و معنى ذلك أن المالك رفع اليد عن الاذن العام المستفاد من عقد المضاربة، أي التفويض المطلق الذي ابتنت المضاربة عليه. وأما على فرض بقاء العقد فلايكون العامل الثاني الا مسؤولاً للعامل الأول لا المالك.

ومن هنا تعرف بأن العامل الثاني لوكان عقده من قبل المالك على الربح معه بنحو تعدد المطلوب أو كان بنحو وحدة المطلوب ولكن وحدة المطلوب تكون شاملة لوحدة مطلوبه ولوكان طولياً، فقهراً لما أجاز للعامل الأول أن يضارب عاملاً ثانياً.

ومن الواضح أن انعقاد المضاربة مع العامل الثاني على نحو تعدد المطلوب أو السنخية وأمكن للعامل الثاني باحدى النحوين أن يضارب العامل الثالث، فان العامل الثالث لايكون مسؤولاً عن الربح ولا عن رأس المال الا في قبال العامل الثاني، وليس مسؤولاً عنهما في قبال المالك مادام العقد باقياً، أي التفويض المطلق المستفاد من عقد المضاربة لحفظ سلسلة المراتب. وهكذا الأمر في

....

المضاربة الى العامل الرابع، ولاينتهي الأمر الى الوكالة.

و فذلكة البحث في هذه المسألة: أن الأمر يفرق فيه بين أن يكون ايقاع المالك للعقد على نحو تعدد المطلوب أو كان ايقاع العقد على نحو وحدة المطلوب، وان العامل تارة يكون هو السنخ أو كان هو الشخص. وهذه الأمور تارة تكون من المالك في مضاربته مع العامل الأول أو كانت مع العامل الثاني. وعلى كل تقدير فتارة يكون المالك قد ضارب مع العامل الأول على نحو وحدة المطلوب و مضاربة العامل الأول مع الثاني أيضاً على نحو وحدة المطلوب.

وعلى جميع التقادير تارة يكون العامل قد أخذ فيه بالسنخية، وهي لا تنافي وحدة المطلوب، بل وحدة المطلوب لا تنافي السنخية، لأنها كما تكون طولية يمكن أن تكون عرضية.

ومن الواضح أن في شمولها للطولية لاينافي وحدة المطلوب، لأمكان الاذعان بها. ولو كان الأمر من المالك بنحو وحدة المطلوب وكان سنخياً في طرف العامل، فان هذه السنخية اذا كانت طولية - كماهو المفروض - فتكون نتيجتها أن مطلوب المالك في اجازته للعامل أن يضارب عاملاً آخر، وهذه لا تؤثر في خلع العامل الأول عن كونه مضارباً، لأن المضاربة انما توجب البطلان اذا كانت شخصية، وأما اذا كانت سنخية فوحدة المطلوب لا تنافي اذا كان اطلاقها شاملاً للطولية كما هو المفروض.

وهكذا العامل الثاني اذا أراد مضاربة الغير وان كان بنحو وحدة المطلوب فلا يوجب انخلاع نفسه عن المضاربة، وتكون المسؤولية بينه و بين من ضاربه، ولا تكون هناك أية مسؤولية بينه و بين المالك، لأنه كان باذنه العام في عقد المضاربة، حيث أوجب أن تكون المسؤولية على عاتق العامل، كما يكون العقد بيد المالك. فلو فسخ العقد بطلت المضاربة سواء كان بلا واسطة أومع الواسطة كما ذكرناه مفصلاً.

(مسألة ٣٢) - اذا ضارب العامل غيره مع عدم الاذن من المالك، فان اجاز المالك ذلك كان الحكم كما في الاذن السابق في الصور المتقدمة، فيلحق كلاً حكمه، وان لم يجز بطلت المضاربة الثانية. و حينئذٍ فان كان العامل الثاني عمل و حصل الربح فما قرر للمالك في المضاربة الأولىٰ فله، وأما ماقرر للعامل فهل هو أيضاً له أو للعامل الأول أو مشترك بين العاملين؟ وجوه وأقوال: اقواها الأول، لأن المفروض بطلان المضاربة الثانية، فلا يستحق العامل الثاني شيئاً، وان العامل الأول لم يعمل حتى يستحق، فيكون تمام الربح للمالك اذا أجاز تلك المعاملات الواقعة على ماله، و يستحق العامل الثاني أُجرة عمله مع جهله بالبطلان على العامل الأول، لأنه مغرور من قبله.

وقيل: يستحق على المالك. ولا وجه له مع فرض عدم الاذن منه له في العمل.

هذا اذا ضاربه على أن يكون عاملاً للمالك [١]، وأما اذا ضاربه

---

[١] في هذه المسألة فروع لابد من بيانها:

الفرع الأول: ان انتهاء المضاربة يكون بعد حصول العامل للربح، فيشترك العامل والمالك به بصرف ظهور الربح.

و بعد أن كان عقد المضاربة عبارة عن امتياز و تفويض مطلق للعامل على المال لأجل حصول الربح، فهذا يقتضي الاطلاق، وان أراد المالك أن يكون حصول الربح بالتصرف في المال وحده من دون أن يتصرف غيره في هذا المال، فذلك أمر آخر لابد وأن يشترط ذلك المالك.

وأما مع عدم اشتراط وحدة المطلوب فان الاطلاق يقتضي الاسترباح والاسترباح يقتضي ذلك كما هو واضح.

الفرع الثاني: ان الاطلاق يقتضي أن يكون العامل الأول عليه تحصيل الربح

على أن يكون عاملاً له وقصد العامل في عمله العامل الأول، فيمكن أن يقال: ان الربح للعامل الأول، بل هو مختار المحقق في الشرائع. و ذلك بدعوىٰ أن المضاربة الأولىٰ باقية بعد فرض بطلان الثانية، والمفروض أن العامل قصد العمل للعامل الأول، فيكون كأنه هو العامل، فيستحق الربح، وعليه اجرة عمل العامل اذا كان جاهلاً بالبطلان. و بطلان المعاملة لايضر بالاذن الحاصل منه للعمل له.

بمجرد ايقاع العقد، ولايكون التحصيل منحصراً به، فانه يقتضي أن يضارب عاملاً آخر، بل يمكن له أن يضارب عمالاً متعددين. الا أن يشترط المالك بأن تكون المضاربة منحصرة به فله حكمه، و تارة ينهىٰ بأن يكون مضارباً لغيره فله حكم آخر.

فالأول بأن يأمر أن تكون المضاربة منحصرة به فلا محالة أن عصيان العامل هنالايضر بصحة المضاربة، ولكن يكون عقد المضاربة بين العامل الأول والثاني فضولياً يحتاج الى الاجازة. وسيأتي التعرض لحكمه.

وأما اذا كان المالك قد نهى عن مضاربة الغير، فان العامل الأول الذي عصى نهي المالك يجعل للمالك سلب الاختيار التام والتفويض المطلق الذي كان مستفاداً من عقد المضاربة، فتكون المضاربة الأولىٰ باطلة فكيف بالمضاربة الثانية، وتكون جميع المعاملات فضولية. و سيأتي التعرض لحكمه في الفروع الآتية.

وأما مع عدم هاتين الجهتين فان من المسلم أن العامل له التفويض المطلق في التصرف بهذا المال لأجل حصول الربح، و تحصيل الربح تارة يكون باشتغاله وحده في هذا المال و أخرى يحتاج الى من يعينه وان كان بنحو المضاربة. ولايكون الاطلاق مقتضياً لأن يكون وحده مضارباً من دون اشتراك ، بل مايكون متحصلاً منه الربح لوضارب العامل غيره بناءً على الأخذ بالاطلاق لايكون ذلك فضولياً

لكن هذا انما يتم اذا لم يكن المباشرة معتبرة في المضاربة الأولى، وأما مع اعتبارها فلايتم و يتعين كون تمام الربح للمالك اذا أجاز المعاملات وان لم تجز المضاربة الثانية.

بل يكون نافذاً، و ذلك للعقد الذي كان مقتضياً له، بحيث لولم يكن يعقد المضاربة مع غيره وهو محتاج للاسترباح ولم يربح كان لايستحق شيئاً من المال أصلاً، لامن أجرة المسمىٰ ولامن أجرة المثل كما تقدم، فالاطلاق هوالذي يقتضي ذلك.

الفرع الثالث: ان تخيل القوم بأن اذن المالك يكون هو المؤمّن في أخذ مضارب آخر و بدونه يكون فضولياً. بدون دليل، لأنه في المورد بعد أن كان اطلاق العقد انما يتم للعامل بأن يربح بهذا المال وكون الربح محتاجاً الى أن يضارب غيره في حصول الربح، فنفس اطلاق عقد المضاربة والقيام بالعقد بحاجة الى تهيئة مقدمات الربح.

وعلى هذا فاطلاق حصول الربح يوجب ذلك. ولا نحتاج الى اطلاق الاذن، لأن اطلاق الاذن- وان كان موجوداً من جهة أن طبيعة عقد المضاربة هو الاذن العام في التصرف بالمال لحصول الربح.

ولهذا فلايكون محتاجاً الى الاذن الخاص حتىٰ يتصور الاجازة تارة والفضولية أخرىٰ، بل التفويض المطلق المستفاد من عقد المضاربة لأجل حصول الربح لايجعله محتاجاً الا في صورة كون تحصيل الربح متوقف عليه، فيجوز له أن يضارب غيره، وان لم يكن كذلك فلا يكون له أن يضارب غيره كماهو واضح.

الفرع الرابع: لا اشكال في أن صدور العقد من المالك يجعل العمل المربح وظيفة العامل بقبوله، فلابد من تهيئة المقدمات الى تحصيل ذلك. ومن هذه المقدمات حاجته الى أن يضارب غيره لتحصيل الربح، فيجب القيام به، ويكون مايعطيه للمضارب يؤخذ من رأس المال، ويكون الربح الحاصل بعد خروج المصارف وأتمام رأس المال مقتسماً بينهما، وتكون حصة العامل خارجة من الأصل اذا كان الربح متوقفاً عليه.

....

وعليه فلايكون ذلك على العامل فقط ولا على المالك فقط، بل يؤخذ من الوسط، ويكون العامل والمالك شريكين في الخسارة لأجل حصول الربح، ولايكون ما يقتضيه الاطلاق الا على هذا المنوال، فيؤخذ من الوسط، ويكون الربح المتوافق عليه بين المالك والعامل هو الربح الزائد عما يقتضيه أصل حصول الربح كما هو واضح.

الفرع الخامس: انه ليس من شك أن باب المضاربة يفرق عن باب الوكالة، كما أنه يفرق عن باب اعطاء المال للاتجار به، بل باب المضاربة عبارة عن اعطاء المال للعامل مقدمة لحصول الربح، سواء اتجر به اولم يتجر به، بل له أن يعمل بالمال لأجل حصوله. فيكون باب المضاربة باب العمل والربح الحاصل من ذلك فلايكون الا العمل المربح بهذا المال.

وعلى هذا فان الربح يكون موجباً لانحصار المال في ذلك وان لم يكن اتجار أوكان الاطلاق مقتضياً لأن يضارب غيره و ضارب غيره لتوقف حصول الربح بذلك، فيكون عمل العامل الأول مقدمة لحصول الربح. و كذلك العامل الثاني يكون ذا المقدمة لتحصيل الربح، فتكون أجرة العامل الثاني مأخوذة من الربح المشترك بينهما، ويكون للعامل الأول ما توافق بينهما على ما تقتضيه قاعدة المضاربة. ولا يكون الامر كما تخيله القوم اذا كان الميزان هو الأخذ بالاطلاق.

الفرع السادس: اذا أمر المالك بعدم أخذ مضارب آخر و عصى العامل الأول ولم يمتثل، حيث أن الأمر بالشيء لايقتضي النهي عن ضده فلا تبطل المضاربة، و بعدم امتثاله لأمر المالك واخذه مضارب آخر يصبح خائناً في مال المالك، فيكون ضامناً لمال المالك ولكن العقد صحيح و تكون أجرة المضارب الذي خالف به أمر المالك على عاتقه يدفعها من أرباحه.

وفي هذا المجال لوكان العامل الثاني قد تصرف في المال واستربح يكون فضولياً، فاما أن يرده المالك فتكون جميع تصرفاته في ماله غصباً ويكون ضامناً له

....

ويكون مشمولاً لقاعدة تعاقب الأيدي، ولكن أجرته على العامل لمضاربته اياه، وأما المنافع فترجع الى المالك من دون أجرة. وأما ما يأخذه العامل الأول من العامل الثاني الذي ضاربه من دون أمر المالك فهي أجرة المسمىٰ كما هو واضح.

وأما اذا أجاز المالك مضاربة العامل الثاني بعد نهيه عن أخذ مضارب آخر وقد عصىٰ المضارب الأول و ضارب غيره، فقد قلنا بأن تصرفات العامل الثاني تكون كالتصرف بالمغصوب، فيكون ضامناً. و قلنا بأن العامل الثاني وان استربح من مال المالك الا أن تصرفه لما كان فضولياً فيؤخذ بأشق الأحوال، فلا تكون له أجرة من المالك.

هذا، وأن جميع الربح مع رأس المال يعود الى المالك، ولكن العامل الأول يضمن للعامل الثاني أجرة المثل.

هذا اذا رده المالك ولم يجز تصرفات العامل الأول، وأما اذا أجاز تصرفاته بعد أن كانت فضولية، فان اجازة المالك لا تجعله أصيلاً بعد كونه غاصباً، و ذلك لما تقدم من أن يد العامل يد أمانية، و عند التعدي والتفريط تصبح يده خيانية.

ومن الواضح أن القاعدة المقتضية للضمان بعد أن أصبحت يده خيانية ليس في البين مايجعل هذه اليد أمانية، الا أن يقال: ان اليد الموجودة في المقام بعد اجازة المالك تجعل هذه اليد نازلة منزلة يد المالك كالوكالة والوديعة. وهذا التنزيل لاوجود له في المقام، فعموم «على اليد» باق على حاله في الضمان وان أجاز المالك في التصرفات، فيكون ضامناً للمال وتكون له أجرة المثل من المالك اذا أجاز، بعكس السابق حيث كان له أجرة المسمىٰ من العامل الأول. هذا اذا ربح في المال، وأما اذا لم يربح في المال فليس له أجرة المثل ولا أجرة المسمىٰ اصلاً.

وأما سائر تصرفاته فان من الواضح ان تصرفاته بالبيع والشراء تكون كتصرفات الغاصب و تشمله قاعدة تعاقب الأيدي، ولكن اجازة المالك ترفع هذه الجهة، لأنه

....

بالاجازة يريد أن يدفع المال مجاناً، فترتفع هذه الجهة و ترتفع قاعدة تعاقب الأيدى، فيكون المال كما لو وهبه اياه و خوله بالبيع والشراء.

الفرع السابع: اذا نهى العامل أن يضارب غيره وقد عصى وضارب غيره، فقدمر أن العامل الأول بعصيانه للمالك ينفسخ عقده و تكون تصرفاته في المال فضولية محتاجة الى اجازة المالك و موجبة للضمان، فتارةً يحصل على الربح وأخرى لايحصل على ربح.

ومن جهة أخرى: فان عصيانه للمالك وأخذه مضارباً آخر، فانه كذلك تكون جميع تصرفات هذا المضارب الثاني فضولية، لأنها كانت تصرفات بمال مع نهي المالك.

وعليه فتارة يكون رابحاً في المال و أخرى لايكون رابحاً، ففي هذا المقام لا اشكال في أن تصرفات العاملين كليهما فضولية، فلايصل اليهما شئ من أجرة المسمى،لأن العامل الأول وان كان العقد بينه و بين المالك كان واقعاً الا أن عصيانه النهي أوجب رفع اليد عن التفويض المطلق الذي كان مفاد العقد، و معناه أن بعصيانه النهي فسخ العقد، فتكون تصرفاته فضولية.

فاذا لم يربح في المال لا تكون له أجرة المثل أصلاً، لأن ملاك الأجرة انما كان فيما اذا ربح والمفروض عدم وجوده فلا يستحق أجرة المثل اصلاً، اذ كان القرار مع المالك التصرف في المال بحساب الاسترباح، و ذلك لم يحصل فلا ربح و لا أجرة.

وأما العامل الثاني الذي ضارب العامل الأول مع نهي المالك، فتكون مضاربته باطلة، ولكن تارة يحصل له الربح من هذه المضاربة الباطلة وأخرى لايحصل عليه، فان لم يحصل على الربح لايكون مستحقاً لأجرة المثل أيضاً على كل حال، وأما اذا حصل على الربح فيستحق من العامل الأول الذي ضاربه أجرة المثل، لأن العقد لما كان باطلاً تنتفي أجرة المسمى في كلا الطرفين، و أما اجرة

....

المثل فتكون بأزاء النفع الحاصل من المضاربة الفاسدة من العامل الأول لامن المالك.

الفرع الثامن: لا اشكال أن العامل الأول الذي عصى النهي الوارد من المالك في عدم أخذه مضارباً آخر واخذه له يكون ضامناً لراس المال والربح الحاصل من المال، ولا يكون له الا أجرة المثل ان ربح، و يكون المال والربح راجعين الى المالك، فان لم يجزه المالك كان ضامناً لتصرفاته من البيع و الشراء على نحو تعاقب الأيدي للمالك، فيكون الضمان بالبيع والشراء كله فضولياً يحتاج الى اجازة المالك.

هذا من ناحية العامل الأول الذي عصى نهي المالك في عدم مضاربته لأمر المالك بل لنهيه، وقلنا أيضاً ان هذا اذا لم يجر عصيانه للنهي.

وأما مع اجازته بعد عصيان نهي العامل، فان اجازته لا تكون جاعلة الغصب موجباً للانقلاب، لمامر من أن الاجازة لا تجعل العامل نازلاً منزلة المالك، فيكون باقياً على هذا العصيان من جعل تصرفات العامل موجبة لاجازة التصرفات، كما اذا أجاز اتلاف ماله مجاناً. فلهذا يكون بعد الاجازة غير ضامن للتصرفات، ولكن لايجعل العقد غير المجاز مجازاً حتى يكون للعامل أجرة المسمىٰ، بل بعد عدم هذا التنزيل مادام حصول الربح يكون للعامل أجرة المثل على كلا التقديرين.

وأما العامل الثاني الذي ضاربه العامل مع نهي المالك عن مضاربته، فلا اشكال في فساد مضاربته من الأول، ويكون ضامناً لتصرفاته على نحو تعاقب الأيدي لجميع تصرفاته حتى بالبيع والشراء، فكل من اشترىٰ منه يكون ضامناً اذا لم يجزه المالك. ولا تكون اجازة العامل الأول اجازة له، لأن العامل الأول بعصيانه النهي يكون فضولياً محتاجاً الى الاجازة، ولا تكون اجازته اجازة للعامل الثاني، فيبقىٰ غير مجاز حتىٰ مع اجازة العامل الأول و ضامناً لتصرفاته من البيع والشراء.

....

وعلى هذا فان لم يربح من هذا المال المغصوب لايستحق شيئاً و يبقىٰ على ضمانه للتصرفات، وان ربح كانت له أجرة المثل من العامل الأول مما أخذه من المالك اذا أجاز المالك. وان أجازه المالك في تصرفاته فأيضاً لايستحق الا أجرة المثل، ولكن هذه الاجازة توجب كونه مستحقاً لأجرة المثل من المالك، لأن بالاجازة يكون النفع مستنداً الى المالك.

الفرع التاسع: ان استحقاق العمال لأجرة المثل لايفرق فيه بين كونهما عالمين أوجاهلين، و ذلك لما تقدم من أن كل مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده. و ذلك لايفرق فيه بين العلم والجهل، لأن العامل أقدم بحصول الربح ولوكان تشريعاً.

وهذه الجهة توجب أن لايكون الجاهل مقدماً لاعطاء عمله مجاناً، و كذلك المالك، فان اقدامه الى العامل المضارب مع علمه بالبطلان انما يدفع المال باعتبار العقد الواقع بينه و بين العامل وان كان عالماً بالبطلان، فدفعه المال باعتبار وجود العقد ولوكان تشريعاً فلايكون مقدماً حتى يكون دفع المال اليه مجاناً.

و بهذا تعرف أن العامل المضارب الثاني انما يستحق أجرة المسمىٰ من المضارب الأول، لامن جهة الغرور - كما مثل به الماتن - فان الغرور انما يتحقق مع الجهل، وأما لوعمما حتى مع العام فلايكون غروراً حتى يفرق بين كونه مغروراً أولا.

واتضح في المقام: أن العامل الأول تارة يكون عمله فضولياً و أخرىٰ لايكون كذلك. ولا اشكال أن كلام المحقق يصح في بعض الفروض دون بعضها، وان العامل الثاني لما كان من دون اجازة المالك فان الكلام فيما اذا عمل العامل الأول، ولا أقل من المضاربة للعامل الثاني، فانه نوع عمل كماهو متعارف.

وفي هذا المجال لايكون قصد العامل الثاني مفيداً في المقام، لأن الاعتبار في الأمور العرفية مايكون خارج الذهن، ولا يعتني العرف بالأمور الذهنية حتىٰ يكون قصد العامل الثاني معتبراً عندهم.

....

وعليه فتكون أجرة المثل على عاتق العامل الأول وان كان الربح عائداً الى المالك على كل حال كما عرفت.

وأما الأخذ بالاطلاق للمباشرية، فقد عرفت في المسألة السابقة تفصيله. كما أن الكلام فيما اذا صدر عمل من العامل الأول ولو بالمضاربة مع الغير.

ومن الواضح أن كلام المحقق «قدس سره» يتضح مما ذكرناه، فان الاطلاق كما ذكرنا يقتضي نفي المباشرة، بمعنىٰ أن الاطلاق يقتضي كل ماهو من شؤون تحصيل الربح، وهذا الاطلاق انما يحتم على العامل أن يهيئ مقدمات الربح.

وعلى هذا فلايكون ما يقتضي المباشرة، وعلى فرض المباشرة - كما في المقام - فان الأمر بالمباشرة لايوجب بطلان عقد المضاربة، ولكن العامل خائن يضمن الربح ورأس المال، فلايكون العقد باطلاً. ولكن العامل الثاني لكون المالك أمر بعدم أخذه يكون فضولياً و بعد خيانية العامل الأول لايمكن أن يبقىٰ له الاذن في أن يأخذ عاملاً آخر و يكون الربح بينه و بين المالك.

فكلام المحقق لامجال له، كما أن كلام الماتن انما يؤخذ به ان قلنا بأن الاطلاق يقتضي المباشرة.

وأما على فرض أمر المباشرة فان العامل خائن، أي العامل المباشر، فخيانته تذهب بجميع شراشر عقده، فيضمن رأس المال والربح، فلا مجال لكونه تفويضاً مطلقاً الذي هو مفاد العقد.

ولكن يمكن الاستنصار للمحقق «قدس سره» بأن الأمر بالشئ لما لم يكن مقتضياً للنهي عن ضده، فان ذلك لايكون رجوعاً عن المضاربة، فالعقد باق و معنىٰ بقاء العقد أن للعامل المباشر التفويض المطلق، وهذا التفويض المطلق يوجب أن يكون مع ضمان العامل المباشر أن يعمل في مال المضاربة بما يوجب الربح، و منها أخذ العامل الثاني، فيكون ربح العامل الثاني راجعاً الى المالك ولكن بأجرة المثل، لأن العامل - حيث أن الأمر بعدم مضاربته تجعل تصرفاته فضولية و يكون

(مسألة ٣٣)- اذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالاً أو عملاً - كأن اشترط المالك على العامل أن يخيط له ثوباً أو يعطيه درهماً أو نحو ذلك أو بالعكس- فالظاهر صحته[١]. وكذا اذا اشترط أحدهما على الآخر بيعاً أو قرضاً أو قراضاً أو بضاعة أو نحو ذلك.

ودعوى أن العقد المتيقن ما اذا لم يكن من المالك الا رأس المال ومن العامل الا التجارة: مدفوعة، بأن ذلك من حيث متعلق العقد فلا ينافي اشتراط مال أو عمل خارجي في ضمنه، و يكفي في صحته عموم أدلة الشروط.

ضامناً- فتكون له أجرة المثل على فرض الاسترباح، وأما على فرض عدم الاسترباح فلا يستحق شيئاً كمامر. ففي هذه الناحية يمكن أن يصدق كلام المحقق كماهو الحق.

وجهة أخرى لابد من الاشارة اليها، وهي ان في مثل هذه العقود انما تتحقق المباشره فيما لوكان محط العقد العامل وحده، وأما اذا كان المستظهر من الدليل هوالعقد بين المالك و سنخ العامل فلا اشكال من تحققه بالاطلاق بما يوافق السنخية، فلهذا قلنا بأن الاطلاق يقتضي نفي المباشرة، بل الاطلاق انما يكون دائراً مدار الربح وان كان بأزيد من عامل واحد كما عرفت تفصيله.

[١]لابد أولاً من البحث في صحة الشروط وكيفية وقوعها في المورد، ثم بيان ما ذهب اليه الماتن، ثم بيان المصير في المورد. وهذا بحاجة الى تقديم مقدمات كالآتي:-

المقدمة الأولى: ان الشروط التي تكون في عقد المضاربة وان كانت واجبة الوفاء ولكن يكون الوفاء بها واجباً مادام العقد باقياً، وحيث أن عقد المضاربة يكون جائزاً فجوازه لايجعل الوجوب من ناحية سارياً اليه بل لا تمكن السراية، و ذلك

وعن الشيخ الطوسي فيما اذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد في أحد قوليه و بطلانهما في قوله الآخر، قال: لأن العامل في القراض لايعمل عملاً بغير جعل ولا قسط من الربح، واذا بطل الشرط بطل القراض، لأن قسط العامل يكون مجهولاً. ثم قال: وان قلنا ان القراض صحيح والشرط جائز لكنه لايلزم الوفاء به، لأن البضاعة لايلزم القيام بها، كان قوياً.

وحاصل كلامه في وجه بطلانهما: ان الشرط المفروض مناف لمقتضى العقد، فيكون باطلاً، و ببطلانه يبطل العقد، لاستلزامه جهالة حصة العامل، من حيث أن للشرط قسطاً من الربح و ببطلانه يسقط ذلك القسط وهو غير معلوم المقدار.

لتخلل الرتبه كما تقدم، فوجوب الوفاء بالشرط يكون منوطاً ببقاء العقد.

وعلى هذا فان الشرط من الناحية الموضوعية لا يجب الوفاء به، وان كان من ناحية الحكم واجب الوفاء به.

المقدمة الثانية: ان الشرط اما أن يكون متعلقاً بصفة من الصفات التي يفرضها المالك في شرائه، كعدم اشتراء العبيد و بجنس خاص وكون ربحه من جنس مخصوص، فيكون الشرط عبارة عن وجود الصفة الخاصة أو عدم وجود صفة خاصة فيه، واما أن يكون متعلقاً بفعل من أفعال العامل، كاشتراط المالك على العامل أن يخيط له ثوبه في عقد المضاربة بأجرة معلومة، واما أن يكون بما هو كالنتيجة للفعل كاشتراط تملك عين خاصة بأن يشترط المالك على العامل شراء عين خاصة و يملكها له.

أما القسم الاول: فلو شرط المالك على العامل أن تكون تجارته بالفحول من الظأن، فان العامل قبل الشرط فلا ينبغي الاشكال في كونه مشمولاً لدليل وجوب الوفاء بعد كون مرجع شرط الوصف الى اشتراط تملك العامل موصوفاً بتلك الصفة

وفيه منع كونه منافياً لمقتضى العقد، فان مقتضاه ليس أزيد من أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح، والعمل الخارجي ليس عملاً في مال القراض.

هذا مع أن ماذكره من لزوم جهالة حصة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع، اذ ليس الشرط مقابلاً بالعوض في شيئ من الموارد، وانما يوجب زيادة العوض فلا ينقص من بطلانه شيئ من الحصة حتى تصير مجهولة.

خارجاً بصفة خاصة، حيث أن مرجعه الى شرط الفعل، فعلى العامل أن يشتري ماهذا وصفه، فلا قصور في شمول أدلة الوفاء له.

نعم في صورة علم المالك بعدم عثور العامل و بعدم تحقق الوصف خارجاً من ناحية العامل - لعلمه بعدم كون الظأن فحلا ولايمكن للعامل العثور على ذلك - فيشكل الحكم، من جهة عدم تحقق القصد عن جد لتحقق العلقة اللزومية التي هي حقيقة الشرط، فلاتتحقق حقيقة الشرط كي تترتب عليه آثاره من وجوب الوفاء و غيره.

و مثله أيضاً في عدم تحقق الشرط صورة تحقق الوصف مع عدم تحققه خارجاً في نفس الأمر، و ذلك من جهة أنه - ولو قصد بتحقق العلقة اللزومية لمكان علمه بتحققه في الخارج فكان يقصد بالانشاء تحققها - الا أنه لا اشكال في عدم كفاية مجرد الانشاء والقصد في تحقق العلقة اللزومية، بل تحتاج الى قابلية المحلّ للتحقق أيضاً، وهو انما يكون مع تحقق الوصف واقعاً وفي نفس الأمر، فبدونه لايكون الشرط متحققاً أصلاً، فلا تترتب عليه حينئذٍ أحكام الشرط من حيث وجوب الوفاء و غيره.

نعم في الصورتين لما كان المالك موقعاً للعقد بناءً على فرض تحقق الوصف وكان العامل قابلاً للمضاربة بناءً على الشرط، كان ذلك منشئاً لثبوت الخيانة، فتكون الخيانة حينئذٍ من آثار العقد المنوط لامن آثار الشرط، لأن العامل خالف أمر

وأما ماذكره في قوله: «وان قلنا...» فلعل غرضه أنه اذا لم يكن الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه، فكأنه لم يشترط، فلا يلزم الجهالة في الحصة.

وفيه: أنه على فرض ايجابه للجهالة لايتفاوت الحال بين لزوم العمل به وعدمه، حيث أنه على التقديرين زيد بعض العوض لأجله.

هذا، وقد يقرر في وجه بطلان الشرط المذكور: أن هذا الشرط لا أثر له أصلاً، لأنه ليس بلازم الوفاء، حيث أنه في العقد الجائز، ولايلزم من تخلفه أثر التسلط على الفسخ، حيث أنه يجوز فسخه ولومع عدم التخلف.

البائع فأوجب ذلك خيانته.

ولا يكون ذلك من مسوؤليات الشرط كما توهم، و ذلك لما عرفت من أن الشرط كلما تحقق فان كان أمراً فمخالفة الأمر توجب خيانة العامل، و ذلك لمخالفته أمر المالك من جهة عدم اقتضاء الأمر بالشيْ النهي عن ضده، فيصبح العقد صحيحاً ولكن يضمن العامل رأس المال والربح، فان الشرط دائر مدار الواقع، فان الواقع اذا كان الشرط بأن يشتري العامل المبيع موصوفاً بصفة خاصة فانكشف خلافها -حيث لا اشكال في أن انكشاف الخلاف مخالفة أمر المالك - فتكون الآثار تابعة لأمر المالك لا أنها تابعة للشرط، وانما يكون اسناده الى الأمر من جهة أنه يتبع الشرط، كما أنه اذا كان الشرط نهياً و خالف العامل فان مخالفة النهي توجب أن يكون خارجاً عن التفويض المطلق الذي كان مفاد عقده و تصبح تصرفاته في أموال المالك فضولية، و يكون معنىٰ مخالفة نهي المالك رجوعه عن التفويض المطلق، اذ العقد لما وقع مبنياً على القيد فيما اذا كان الأمر الذي هو بعنوان الأمر أو النهي الصادر من المولىٰ. فلو خالف العامل هذا النهي ينتفي العقد الواجد للأمر أو يوجد العقد المنهي من قبل المالك، فينتفي العقد في مورد النهي، كما أنه

وفيه: أولاً ما عرفت سابقاً من لزوم العمل بالشرط في ضمن العقود الجائزة مادامت باقية ولم تفسخ وان كان له أن يفسخ حتى يسقط وجوب العمل به، و ثانياً لانسلم أن تخلفه لايؤثر في التسلط على الفسخ، اذا الفسخ الذي يأتي من قبل كون العقد جائزاً انما يكون بالنسبة الى الاستمرار، بخلاف الفسخ الا تي من تخلف الشرط، فانه يوجب فسخ المعاملة من الأصل. فاذا فرضنا أن الفسخ بعد حصول الربح فان كان من القسم الأول اقتضى حصوله من حينه، فالعامل يستحق ذلك الربح بمقدار حصته، وان كان من القسم الثاني يكون تمام الربح للمالك و يستحق العامل أجرة المثل لعمله، وهي قدتكون أزيد من الربح وقد تكون أقل، فيتفاوت الحال بالفسخ و عدمه اذا كان لأجل تخلف الشرط.

يوجب خيانة العامل في مورد مخالفة الأمر على طبق القواعد.

هذا اذا كان الشرط بنحو وحدة المطلوب فيكون قيداً، وان كان بنحو تعدد المطلوب فانه لايوجب بطلان العقد ولايكون قيداً، بل يكون التزاماً في التزام، و يكون موجباً لخيانة العامل كما عرفت.

وأما الشرط فمن آثاره وجوب الوفاء به، وهو تابع لتحققه، فكل مورد يتحقق الشرط يحكم بترتب آثاره عليه، بلا تفكيك أصلاً بين آثاره ولوازمه.

و حينئذٍ يكون العقد المنوط الذي من آثاره ثبوت الخيانة في مورد و ثبوت البطلان في مورد آخر، أعم مطلقاً من الشرط الذي من آثاره وجوب الوفاء، فان في كل مورد كان الشرط متحققاً يتحقق العقد المنوط أيضاً ولاعكس.

وأما القسم الثاني فينبغي أن يفصل فيه، فان الدليل من الخارج على أن تلك الغاية مما يتوقف على تحققها سبب خاص شرعاً، كمالا يبعد أن تكون كذلك اكثر عناوين المعاملات، كالبيع والصلح والاجارة والمضاربة والمساقاة والنكاح

....

والطلاق والعتق و غيرهـا من الأمور التي لا تكون الـمعاطاة جارية فيها، فلا اشكال في فساد الشرط، من جهة أن الشرط يكون مخالفاً للكتاب والسنة، لدلالتها على أن لها أسباباً خاصة.

ومن جهـة عدم قابـليـة العلـقة الـلزوميـة للتحقـق -من جهـة استـحالة انـفكاك المعلول عن علته واشتراط البيع أو اخواته بالشرط- اشتراط تحقق المعلول بلا تحقق علته وهو مستحيل. فمن هذه الجهة يفسد الشرط ولو لم يكن مخالفاً للكتاب أصلاً.

وان دل الدليل على جواز المعاطـاة مثلاً أو دل الدليـل على عدم خصوصية في ايقاع هذا العقد بـل بنفس الأشتراط، يصح العقد كالملكية والوكالة والوصاية، على ما يظهر من معاقـد الاجماعـات. فلا اشكال فـي صحة الشرط ولكن لايتـرتب عليه وجوب الوفاء، لعدم معـقولية التكليـف بالوفاء حينئذٍ، بل لابد من ترتيب آثار الشرط المتحقق عليه، كماهو واضح من جهة كونه مفاد كان الناقصة.

ولكن هذا كله اذا لم يـكن الشرط تحصيل الغـاية ولو بأسبابها الشرعية، والافلا اشكال في صحـة الشرط ولزوم الوفاء بـه، لكونه راجعاً الى القسم الثاني، وهو شرط الفعل.

وان شـك -كمـا اذا اشتـرط مـلكـية عـين خاصـة للـمالك أو اشـترط فـي عقد المضاربة بضـاعة في مـاله الخاص الـخارجي- فـالظاهر أنه لاينبغي الاشكال في عدم جواز التمسك بعموم الوفاء بالشرط، لكونه تمسكاً بالعام في الشبهة المصداقية، ولا باطلاقات دليل المضـاربة بناءً على رجوع الـقيد الى الملتزم به لا الى الالتزام، لعدم كونه محرزاً لـقابلية المحـل للتحقق، وانمـا هو في مورد أحرز من الخـارج في قابلية المحل للتحقق كمالا يخفى.

وأمـا الأصول العمليـة -كـأصالة عدم المخـالفة التي يكون مـرجعها الى أصالة عدم جعل سبـب خاص شرعاً له- فـالظاهر أنه لا مجال لجريانها، من جهة أنها في كل مورد كـان الشك لبحـث المخالفة وعدمـها، لامثل المقام مـما كان الشك في

....

قابلية المحل للتحقق أيضاً.

ومن المعلوم عدم اثبات قابلية المحل و رفع الشك بواسطة الأصل المذكور لكونه مثبتاً.

ان قلت: أليس الشك في القابلية و عدمها مسبباً عن الشك في جعل سبب خاص للملكية شرعاً و عدم جعله. وعليه فيكفي جريان الأصل في طرف السبب، كما هو الحال في كل ماكان من هذا القبيل.

قلت: ان الشك في القابلية و عدمها وان كان مسبباً من الشك في جعل الشارع و عدمه، الا أن ترتبها عليه عقلي لاشرعي. والأصل في طرف السبب انما ينفع و يرفع الشك عن السبب اذا كان الترتب شرعياً، بحيث كان من آثار رفع الشك عن المسبب شرعاً، لا مطلقاً حتى في مثل المقام مما كان ترتب المسبب عليه ترتباً عقلياً.

ان قلت: سلمنا ولكنه انما يصح اذا لم يكن المستصحب حكماً شرعياً مجعولاً، بل كان موضوعاً لحكم شرعي، كحياة زيد فان استصحابها لايثبت اللوازم العقلية المترتبة عليه. وهذا بخلاف ما اذا كان نفس المستصحب من الأحكام المجعولة شرعاً، كما في المقام، حيث لا اشكال في أنه كما تترتب عليه اللوازم الشرعية كذلك تترتب عليه ما كان من اللوازم العقلية المترتبة عليه. ألا ترىٰ أنه يثبت باستصحاب الوجوب أثره العقلي، وهو استحقاق العقوبة على المخالفة، فيكون المقام من هذا القبيل، فيثبت بواسطة أصالة عدم جعل سبب خاص له قابلية المحل للتحقق.

قلت: هذا صحيح اذا كان الأثر العقلي من الآثار المترتبة على الأعم من الواقع والظاهر، كما في استحقاق العقوبة، لاما اذا كان الأثر العقلي من آثار خصوص الواقع، حيث لايكاد يثبت بالأصل مثل تلك الآثار. والمقام أيضاً من هذا القبيل، لأن قابلية المحل للتحقق وعدم قابليته انما هو من لوازم الواقع للجعل و

....

عدمه، لامن لوازم الأعم من الواقع والظاهر كمالا يخفىٰ. وحينئذٍ فلا مجال للاستصحاب المذكور أيضاً، بل المجرىٰ حينئذٍ اصالة فساد الشرط هذا.

ولكن الذي يسهل الخطب هو: أن مثل المضاربة والمزارعة والاجارة من الأمور التي يجوز فيها المعاطاة و عدم كون الملكية التي تنشأ من هذه الأمور كسائر عناوين المعاملات الواجدة في هذه الأمور، فانه يفرق عن مثل النكاح والطلاق الواجد لأسباب خاصة، حيث أن هذه الأمور لا تجري فيها المعاطاة. وهذا بخلاف العقود الاذنية تعليقية كانت أو تنجيزية، فان ذلك لايحتاج الى عقد خاص بل مربوط باذن المالك واذن العامل، و بالشرط يستقيم ذلك ، فيشترط أن يكون على عهدة العامل ذلك ، ويكون العامل بقبوله كافياً لذلك ، فيكون الشرط أحد أسبابها، و يكفي في تحققها بنفس الشرط والالتزام.

وأما القسم الثالث: فالكلام بعد ما سبق منا أن الشرط احداث حق للمشروط له على ذمة المشروط عليه سلطنة على نفوذ الشرط للمشروط عليه. فهذه السلطنة تكون على حد سائر الحقوق، كسائر الأمور الانشائية التي يكون انشاؤها علة لوجودها، و يكون احداث حق للمشروط له على المشروط عليه.

ومن آثار و مضمون المتحقق بالانشاء جعل العلقة اللزومية بين المشروط عليه و بين العمل، بمعنىٰ جعل العمل في عهدة المشروط عليه. فمن هذا الجعل - اي جعل العمل في عهدته من قبل المشروط عليه - يلزم ثبوت حق له عليه، ومن آثاره سلطنة المشروط له على المشروط عليه في العمل، ولازم السلطنة أن للمشروط له اجباره عليه. كماهو واضح.

فان أمكن له اجباره بنفسه لابد وأن يجبره على اخذ حقه منه، وان تمكن ولم يجبره يكون ذلك اقداماً على انتفاء حقه.

ولا تكون المضاربة باطلة في مورد عصيانه لنهي المالك ، لأنه بناءً على ايجاب العقد الحق للمشروط له يكون ثابتاً بالانشاء على ذمة المشروط عليه، فان

....

أمكن اجباره على استنقاذه من قبل المالك فلا مجال لبطلان عقد المضاربة، لأن بطلانه في صورة مخالفة نهي المالك يكشف عن أن الحق الذي نُهي عنه يكون معناه رفع اليد عن التفويض المطلق، لأنه يكون كالقيد في المضاربة، فاذا أمكن اجباره ولم يجبره يكون اقداماً للمالك في تفويت حقه، فلا تكون المضاربة باطلة.

وهكذا في عصيان أمر المالك. والسر في ذلك أن المشهور والمحقق «رضوان الله تعالى عليهم أجمعين» كما تقدم فيما سبق انما يحكمون بكون مخالفة النهي يوجب البطلان، لأن الحق أضيع من قبل المالك نفسه، ولهذا ان التفويض المطلق المستفاد من عقد المضاربة يكون فيما اذا لم يكن المالك مقدماً بذلك، واذا كان له امكان استنقاذه ولو بالاجبار يكون المالك مقدماً على تفويت حقه، و عند التفويت لايكون رجوعاً عن التفويض المطلق، فلا يكون عقد المضاربة فضولياً.

وأما اذا كان الشرط من ناحية الآمر بشيئ من قبل المالك، فان ذلك انما يوجب الضمان من دون أن يوجب البطلان، لأن الأمر بالشيئ لا يقتضي النهي عن ضده، فلا يوجب بطلان المعاملة. ولكن لما عصى العامل ما أمر به المالك في ماله يكون خائناً، و خيانته توجب أن يكون ضامناً لرأس المال والربح، ولكن العقد باق ما كان عليه بينهما، فاذا تمكن المالك في ردعه ولم يردعه فان ذلك اقدام من المالك على تفويت حقه، فلايكون العامل خائناً، فلا يكون ضامناً لرأس المال والربح.

هذا على مذهب القوم من تصحيح الشرط ولو كان بنحو الأمر أو النهي. ولكن يمكن الاستنصار للشيخ في أن هذا المورد و ذاك لكون المضاربة في مورد أمر المالك على سبيل الشرط أوكان الاشتراط مفيداً للنهي وخالف العامل هذا الشرط في كليهما، فان في هذه الجهة لااشكال في كون العامل خائناً وخيانته توجب أن نرفع اليد عن دليل الامانة الذي كان طبع المضاربة مقتضياً له. فاذا كان كذلك

....

فان اقدام المالك بعدم اجباره لنفوذ الشرط -وان كان اقداماً لتفويت الشرط- الا أن ذلك لايوجب أن تكون يد العامل كيد المالك حتى تكون اليد قائمة مقام يد المالك، فصرف النظر عن وجود الشرط كان يجعل العامل أميناً، ومع عصيانه لنفوذ الشرط واقدام المالك بعدم استيفاء الشرط وعدم اجباره لايكون معناه تنزيل يدالعامل منزلة يد المالك حتىٰ يكون اقدام المالك على عدم استيفاء حقه موجبة لذلك لكون اليد غير موجبة للضمان، ولا يكون خائناً بل بمجرد العصيان وجب انقلاب اليد من اليد الامانية الى اليد الخيانية، واقدام المالك على صرف النظر عن استنقاذ حقه لايدل على التنزيل حتىٰ يرفع اليد عن خيانة العامل، فلا اشكال في أن العقد صحيح، ولكن انتفاء الشرط يوجب الضمان.

وأما في مورد نهي المالك بعنوان الشرط، فان ذلك لمنافاته للتفويض المطلق توجب البطلان للعقد و تصبح جميع تصرفاته فضولية.

وعلى هذا يكون كلام الشيخ في محله في مورد النهي، ولكن الظاهر أن كلامه لايكون في هذه الجهة، بل الظاهر من كلامه (قدس سره) هو أن يضارب المالك و يشترط على العامل أن يشتري له بضاعة، أو أن يضاربه و يشترط عليه أن يخيط له ثوباً، أو أن يضاربه و يشترط عليه أن يعطيه شيئاً من المال، فان من الواضح أن هذا أمرمن المالك أتى به بعنوان الشرط. فلا اشكال مع عدم التمكن من الاجبار لأخذ حقه في مثل المقام. ان الشرط ليس كأخذ الجزء من العوضين -أي ما يدفعه العامل في المضاربة- ولا مايدفعه المالك من المال حتىٰ يقابل بالمال، لما عرفت من أن الشرط في حكم القيد لامن قبيل جزء العوضين.

نعم اقتران ذلك من المالك في مال مضاربته يوجب ازدياده في ماليته، بمعنىٰ أن العامل لوشرط عليه الخياطة في ثوبه في المضاربة تكون خدمة العامل زيادة في مالية الأجرة في المال المعطىٰ له حسب التقسيم، والمفروض عدم هذه الزيادة، فيكون كلام الشيخ (قدس سره) صحيحاً من هذه الناحية، فيبذل بأزاء ذلك الشرط

....

مالاً اكثر مما يبذل بأزائه لو لم يكن الشرط مقروناً به.

ولكن هذا المقدار لايوجب بذل المال بأزاء نفس الشرط، و حينئذٍ مقتضىٰ القاعدة بعد عدم الاتيان بالشرط من طرف العامل، فما هو مصير العقد في المقام بعد أن لم يكن الشرط كجزء من عمل العامل بل يوجب زيادة في ماليته كما ذكرنا. فيصح كلام الشيخ من هذه الناحية، لأن ما ذكره الشيخ لايكون المالك فيه مشترطاً أمراً زائداً عن المضاربة بالنصف، ولم يجعل بأزاء الشرط زيادة فيما يبذل بأزائه للمشروط عليه. فتصرفات المشروط عليه في هذا المال ان وفيّ بالشرط يلزم الجهالة، وان لم يأت بالشرط أيضاً يوجب الجهالة -على ما قاله رضوان الله تعالى عليه.

ولكن الكلام في أن الجهالة لا تكون مضرة في المضاربة كما تقدم منا مراراً، و انها تختص بالبيع والاجارة وغير ذلك من المعاملات التي ذكرها الفقهاء.

وأما في مثل هذه العقود التي يكون بناؤها على الجهالة التي تؤل الى العلم، لايكون ذلك موجباً لبطلانه، فلايكون كلام الشيخ (قدس سره) صحيحاً في الصغرىٰ وان صح في الكبرىٰ.

وأما على مبنانا في أن الأمر بخياطة الثوب والاتيان بالبضاعة، أو اشتراط أن يعطيه مالاً زائداً بأي عنوان آخر، فتصرفات العامل لما كانت مبنية على الاتيان بالشرط -بمعنىٰ أن المالك ضارب العامل على أن يفعل ما أمره به- فالشرط يثبت للمشروط السلطنة على المشروط عليه بالنسبة الى ذاك العمل، أوقلنا بأنه يثبت الحق الذي من آثاره السلطنة. والأمر الصادر من المالك لما كان كذلك فلوكان أمراً تكليفياً محض كان الأمر بالشئ غير مقتض للنهي عن ضده. فقهراً لاتكون التصرفات فضولية، ولكن لمكان خيانته يكون العامل ضامناً كما سبق.

وأما اذا أخذنا الشرط الذي تكون سلطنته للمشروط عليه من المالك، فلا تكون للعامل سلطنة على ضد العمل الذي شرط عليه المالك و نقيضه، لكونه مقهوراً عليه

....

في الفعل المشروط به، لأن المفروض أنه ليس له الا سلطنة واحدة بالنسبة الى الأضداد والنقيضين، فاذا قصرت سلطنته بالفعل المشروطِ به بمقتضىٰ كونه تحت سلطنة المشروط له فلا يبقىٰ له سلطنة الى ضده و نقيضه.

و حينئذٍ تكون تصرفاته المضادة بالنسبة الى الفعل المشروط به جميعاً من قبيل تصرفات الفضولي الصادرة لاعن اذن المالك، فللمشروط له بطلان المضاربة.

وأما ما تفضل به الماتن في مقام رده لكلام الشيخ اذ الفسخ في العقود الجائزة على جميع التقادير يكون من الأصل، لأن العقود الاذنية بعد أن كان العقد على غير ما يرومه المالك يرفع اليد عن اذنه، و عند رفع اليد عن الاذن يكون العقد من الأول مرفوضاً، من جهة أن قوامه بالاذن ومع عدم الاذن يكون غير راض بهذا العقد الىٰ الأخير و تكون جميع تصرفاته ملغاة، اذ بعد أن لم تكن المضاربة وكذلك العقود الجائزة مشمولة «أوفوا بالعقود» لامجال لهذا الفرق أصلاً. فلو فسخ المالك ابتداءً أومن جهة تخلف الشرط يكون الفرق غير ما قاله الماتن، فان المالك لو أراد فسخ المضاربة ابتداءً كانت نتيجته أن معاملات العامل ممضاة قبل الفسخ، وتكون تصرفات العامل غير فضولية. ولكن بفسخ المالك ينتفي الاذن من أصله ولايكون للعامل الا أجرة المثل، لأن المالك بفسخه أوجب انتفاء العقد من أصله، ولايكون للعامل بعد الفسخ من قبل المالك حل العقد من حينه، ولكن يكون الربح والأصل راجعين الى المالك ويكون للعامل أجرة المثل، لكونه أتىٰ بالعمل لداعي الوفاء بعقد المضاربة وهذا لمكان ربحه، وان لم يربح شيئاً لا يستحق شيئاً كمامرّ تفصيله.

هذا اذا كان الفسخ من قبل المالك، وأما اذا لم يأت العامل بالشرط فان معاملاته تكون فضولية من جهتين: جهة ان تصرفاته في مال المالك، وجهة تلفه لمال المالك. فتكون جميع تصرفاته فضولية ولا تصح الا باجازة المالك. فالعقود المأتية من قبل العامل تكون مورداً لتعاقب الأيدي، فان أجاز المالك يرتفع ضمانه

....

من كلا الجانبين، وأما اذا لم يجز فيبقى على ضمانه. وأما العامل فان لم يربح فلا يستحق شيئاً، وان ربح فلا اشكال في استحقاقه لأجرة المثل اذا كان الا تيان بالربح بداعي الوفاء بعقد المضاربة كمامر تفصيله.

وفذلكة البحث في هذا المقام: ان المالك تارة يعقد المضاربة مطلقة ولكن يأمر العامل بعدم السفر و ينهاه عن اشتراء الشئ الخاص، فان ذلك له حكمه.

وتارة يعقد المضاربة مقيدة بأمور خاصة، بحيث لا تكون المضاربة مطلقه بل مقيدة بأمور خاصة مأمورة أو منهية.

أما الجهه الأولى: فأن المالك اذا أنشأ المضاربة مطلقة، فتارة يأمر العامل بعدم البيع نسية أو يأمر العامل بعدم السفر أو يامره باشتراء شئ خاص، فان المالك قد أنشأ المضاربة، ولما كان للعامل المضارب التفويض المطلق بما يوجب الربح بحسب العقد ولكن تكون أوامر المالك و شرائطه خارجة عن العقد، فلما كان مطلقاً للعقد فان العصيان لأمر المولى لايكون موجباً للتخلل في ميزان العقد، ولكن حيث أن المالك سلطه على ماله وأمره بهذه الأمور -وقد قلنا مراراً أن الأمر بالشئ لايقتضي النهي عن ضده- فان عصيان العامل لأمر المالك كما قلنا لايوجب تخلخلاً في العقد الصادر من المالك، ولكن يوجب سقوط العامل عن الائتمان الذي كان عقد المضاربة مقتضياً له، فيصبح العامل خائناً، و مقتضى خيانته ضمانه لرأس المال والربح الذي يكون للمالك، و يصح العقد ولا اشكال فيه.

الجهة الثانية: ان المالك اذا أنشأ المضاربة مطلقة ولم يقيدها بشئ في متن العقد ولكن نهى عن الا تيان بأمور خارج عن عقد المضاربة، فان العقد لما كان مطلقاً فاطلاقه يقتضي أن يتصرف العامل في ماله بما يوجب التفويض المطلق الذي هو مضمون العقد، ولكن المالك انمانهاه عن بعض التصرفات لمصلحة مقتضية له، فعصيان العامل لمورد النهي يوجب انثلام ذلك التفويض المطلق، واذا انثلم منه ذلك التفويض المطلق فان رجوعه عن التفويض المطلق يوجب أن تكون

....

جميع معاملاته فضولية.

وبهذا يفرق باب الأمر عن باب النهي، ويكون كلاهما خلافاً للشرط كما تقدم تفصيله.

فان من الواضح: ان العقود الاذنية لا تكون مشمولة لـ «أوفوا بالعقود»، لأن العقود الاذنية بعد أن كانت جائزة فجوازها يعني السلطنة على فسخ العقد و عدم فسخه، وهكذا في جانب العامل. فمعنى جواز الفسخ للعقد هوالسلطنة على ارتجاع العين و بقاء العقد بحاله، كما في كل العقود اللازمة حيث أن المالك أو العامل له سلطنة رفع الموضوع، أي ارتجاع العين وحل العقد، فيكون ذلك خارجاً عن شمول «أوفوا بالعقود» تخصصاً، فان معنى السلطنة على ارتجاع العين و تملك العوضين هو عين عدم وجوب الوفاء بالعقد، فلا مجال لأن يكون «أوفوا بالعقود» شاملاً له.

وعلى هذا فتكون السلطنة على الفسخ في رتبة الموضوع لشمول «أوفوا بالعقود»، فاذا كان الجواز بهذه المثابة لامجال لوجوب الوفاء بالعقد، فشمول «أوفوا بالعقود» مع جواز العقد يكون تناقضاً ويكون خروجه عن العموم بالتخصص.

فاذا كان كذلك يكون فسخ العقد من المالك ايعاز الى العقد كالعدم، فيكون العامل اذا عمل في المال مستحقاً لأجرة المثل وتكون المعاملات التي أجراها مجازة من قبل المالك بفسخه. وان فسخ العامل أو كانت المضاربة باطلة و ربح العامل، فانه وان كان مستحقاً لأجرة المثل الا أن معاملاته فضولية تحتاج الى اجازة المالك.

وعلى جميع التقادير يكون الأصل والفصل راجعان الى المالك.

وهناك فرّق الماتن بين الفسخ الناشئ من قبل كون العقد جائزاً بأنه يكون بالنسبة الى الاستمرار، و بين الفسخ الناشئ من قبل الشرط فانه يوجب الفسخ من الأصل.

وهذا الكلام نشأ من أن الفسخ لوكان من ناحية الشرط، فان الشارط لما شرط

....

في متن العقد كون الأمر على مايريد، تكون الارادة من الشارط، فيكون مقتصراً في هذه المضاربة على ما اشترط، بحيث لايريد العقد الفاقد للشرط. و معنى ذلك يكون عند فقدان الشرط موجباً للخيار ويكون اعمال الخيار موجباً لبطلان العقد من أول الأمر، و هذا بخلاف الفسخ الناشئ من قبل كون العقد جائزاً، فان الطرفين لهما السلطنة على ابقاء العقد و فسخه.

ومن الواضح أن هذه السلطنة في كل مورد أراد الطرفان اعمالها يكون معناها امضاء المعاملات السابقة و فسخها حين لم يريدا ذلك، و ذلك يقتضي أن يكون الفسخ من حين الفسخ، سواء كان ذلك من طرف العامل أو المالك، هذا ما أراد به الماتن في الفرق بين الفسخ الناشئ من جهة جواز العقد والفسخ الناشئ من جهة خيار الشرط.

ولكن فيه مجال للنظر، لأن اشتراط أمر في المضاربة - كما تقدم بيانه- بعد كون الارادة الباعثة لايجاد العقد لم يكن له اطلاق لمورد فقد الشرط، فقهراً يكون الاتيان بالعمل فاقداً للشرط، يكون معناه فاقداً لما أقدم عليه المتعاقدان، ويكون باطلاً من أول الأمر، لأن العقود الاذنية انما تكون دائرة مدار الرضا للمتعاقدين، والمفروض أن بالفقد من أحدهما يوجب بطلان العقد من أول الأمر، لأن الاذن كان متوقفاً على هذا الشرط، فمع فقده لامجال للأخذ بهذا العقد، ويكون موجباً لبطلان اصل العقد. الا أن يكون الاشتراط على نحو تعدد المطلوب، حيث أن هذا الاشتراط يوجب الخيار اذا كان كذلك.

وأما لوكان بنحو وحدة المطلوب فان مع عدم الاتيان بالشرط يوجب أن يسقط التفويض المطلق المستفاد من أدلة عقد المضاربة. ولا مجال للخيار الا أن يكون هناك تعدد المطلوب، حيث أن ذلك موجب للخيار، والا فان الشرط في عقد المضاربة يرجع الى القيد، و بعد رجوعه الى القيد يوجب انفساخ العقد من أول الأمر، و يكون الفسخ من أول العقد.

(مسألة ٣٤)- يملك [١] العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره، من غير توقف على الانضاض أو القسمة لانقلاً ولا كشفاً على المشهور، بل الظاهر الاجماع عليه، لأنه مقتضىٰ اشتراط كون الربح بينهما، ولأنه

وأما صورة الفسخ بمقتضىٰ جواز العقد، فان جواز العقد يوجب أن يكون الفسخ موجباً لأن يكون المتعاقدان من جهة وجود السلطنة على الفسخ، فيكون هذا العقد مراعى بعدم أخذهم بالسلطنة الموجودة لهم. وأما اذا أخذ بهذه السلطنة فان معناه الفسخ من الأصل كذلك، ولا يكون هناك فرق بين النوعين الا من جهة كون الشرط على نحو تعدد المطلوب أو كان على نحو وحدة المطلوب. وفي كلا الأمرين لا اشكال في أن العامل انما يستحق أجرة المثل. ويكون الربح والأصل بعد الفسخ عائدين الى المالك، ويكون للعامل أجرة المثل ان ربح وان لم يربح يكون كل ذلك للمالك كما تقدم. فالكل على هذا المنوال من كون الفسخ موجباً لكون الأصل والربح راجعين الى المالك، ويكون العامل مستحقاً لأجرة المثل، و ذلك للعمل الصادر منه ان استربح.

نعم لوكان الفسخ من طرف المالك على جميع التقادير تكون المعاملات الصادرة من العامل صحيحة، فان معنىٰ فسخه عدم احتياج العامل الى اجازة ثانية، ويكون التلف الصادر من العامل في معاملاته مأذوناً فيه من قبل المالك، ولايكون مشمولاً لتعاقب الأيدي.

وهذا بخلاف فسخ العامل، سواء كان بمقتضىٰ السلطنة أو كان من ناحية الشرط اذا لم يكن بنحو تعدد المطلوب، فان الفسخ الحاصل من طرف العامل يجعل المعاملات الصادرة من قبله مشمولة لدليل تعاقب الأيدي، فيكون محتاجاً الىٰ اجازة المالك حتىٰ مثل التصرفات المتلفه للمال. وهذا أمر خارج عن مصير ماتفضل به الماتن من حيث شمول تصرفاته لتعاقب الأيدي و عدم شموله، ولكن في كون الأجرة هي أجرة المثل لا المسمىٰ فذلك لايفرق فيه بينهما.

[١] تعرض السيد الماتن هنا الى تملك العامل حصته من الربح، وهنا فروع

مملوك وليس للمالك فيكون للعامل. وللصحيح[١]: رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لايعلم. قال: يقوّم، فان زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى في مال الرجل. اذ لو لم يكن مالكاً لحصته لم ينعتق أبوه.

نعم عن الفخر عن والده ان في المسألة أربعة أقوال ولكن لم يذكر القائل و لعلها من العامة: أحدهما ماذكرنا، الثاني أنه يملك بالانضاض لأنه قبله ليس موجوداً خارجياً بل هو مقدر موهوم، الثالث أنه يملك بالقسمة لانه لوملك قبله لاختص بربحه ولم يكن وقاية لرأس المال، الرابع ان القسمة كاشفة عن الملك سابقاً لأنها توجب استقراره.

لابد من التعرض لها:

الفرع الأول: أن يملك العامل حصته من الربح بمجرد العقد كما في الاجارة.

الفرع الثاني: أن العامل انما يملك الحصة من الربح بالتصرف في المال و قبضه من المالك.

الفرع الثالث: أن يكون العامل قد تصرف في المال واستربح من المال بالاشتغال في ذلك و ظهور الربح في المال وان لم يعين حصة مقدار العامل مع المالك في الربح الحاصل من المال.

الفرع الرابع: ان العامل انما يملك الحصة من الربح بعد وجود الربح خارجاً ولو لم يعين، فان قبل الوجود الخارجي للربح لايكون مورد اعتناء العقلاء ما لم يكن له وجود خارجي.

الفرع الخامس: أن المال يكون مورد اعتناء العقلاء بعد الانضاض، فاذا نض

---

(١) الوسائل باب: ٨ من كتاب المضاربة.

والأقوى ما ذكرنا، لما ذكرنا.

و دعوى أنه ليس بموجود، كماترىٰ. وكون القيمة أمراً وهمياً ممنوع، مع أنا نقول: انه يصير شريكاً في العين الموجودة بالنسبة ولذا يصح له مطالبة القسمة، مع أن المملوك لايلزم أن يكون موجوداً خارجياً، فان الدين مملوك مع أنه ليس في الخارج.

يصبح مشتركاً بين العامل والمالك، ومن جهة أن المال المشترك لايجوز لأحد الشريكين التصرف به الا برضىٰ الطرف الآخر فلا اختيار للعامل في التملك للربح والتصرف في المال الا مع اذن الطرف الآخر.

ومن الواضح أن هذا الاذن في التملك لحصته المتوافق عليها لايكون الا بالقسمة، فانما يمكن للعامل التصرف في حصته في المورد الذي يكون الربح منحازاً الا بالقسمة، فانما يكون العامل في ذلك المورد مالكاً لحصته، والا فقبله انما يملك باعتبار (ملك أن يملك) ولا تكون له ملكية فعلية كما هو واضح.

الفرع السادس: اذا حصل خسران أو تلف للمال هل يوجب خروج الحصة من ملك العامل و دخولها في ملك المالك لجبران تلفه أو أنه يكون مراعىٰ بعدم تلفه و خسرانه في دخوله في ملك العامل والمالك؟

الفرع السابع: متى يحصل الربح الواجب على العامل والمالك تخميسه، و متىٰ تحصل له الملكية المستقرة حتى يستقيم على المالك تخميس الربح وكذلك على العامل، أو تحصل لهما الاستطاعة الموقوفة على الزاد والراحلة، أو تعلق حق الغرماء و وجوب صرفه في الدين مع المطالبة؟ فنقول:

أما في الفرع الأول: فلا اشكال أن المالك بعقده للمضاربة يوجب تسليط العامل على الربح مطلقاً، وان لم يعمل في المال ولم يوجب الربح كان ذلك مقتضياً لتملك الحصة بمجرد العقد، حيث أن المالك بعقده أوجب تسليطه على المال، فيكون العقد موجباً لتملك العامل، ويكون العامل مسلطاً على الأجرة بمجرد العقد، كمافي باب الاجارة، حيث أقدم هناك على التعويض المطلق و لايكون

ومن الغريب اصرار صاحب الجواهر على الاشكال في ملكيته، بدعوى أنه حقيقة مازاد على عين الأصل و قيمة الشئ أمر وهمي لاوجود له لاذمة ولاخارجاً، فلا يصدق عليه الربح. نعم لابأس ان يقال: انه بالظهور ملك ان يملك، بمعنى له الانضاض، فيملك.

مقيداً بحصول الربح. فيكون مقتضى عقده التفويض المطلق ولايكون اقدامه للعقد بفرض دون فرض.

وهذا بخلاف المضاربة، فان المالك انما أقدم بتسليط العامل على المال باعتبار الربح الحاصل من المال، وان لم يحصل الربح لايكون مسلطاً على المال، فيكون عقد المضاربة لامجال له بالتصرف المطلق، وانما يكون تصرفه منوطاً بحصول الربح، والا فيكون عمله مجاناً.

وأما الفرع الثاني: فيظهر مما تقدم آنفاً أن التسليط العقدي لما كان مقتضياً للتسليط في مقام الاسترباح لا غير لايقتضي ذلك بصرف كون المال في يد العامل، حيث أن العامل لايملك الحصة من الربح الآ في صورة العمل في المال والاسترباح، بحيث لوكان عاملاً في المال ليلاً ونهاراً ولم يكن رابحاً في المال كان عمله كله مجاناً، من دون أن يكون مستحقاً لأجرة أصلاً - لا أجرة المسمى لأنه لم يعمل في المال حسب تسليطه ولا أجرة المثل لأن العامل انما قبل هذا العقد على الأخذ من الربح في قبال عمله المربح - وأما اذا لم يربح كان عمله في المال مجاناً.

وعلى هذا فقبل التسليط لايكون الأمر كما ذكرنا في الفرع الثاني الموجب لأن يملك العامل حصته من الربح من دون استرباح.

وأما الفرع الثالث: فان العامل انما يملك حصته بالانضاض، بمعنى أن العامل انما يقبض رأس المال من المالك و يستربح فيه ثم يجعله نقداً كما أخذ من المالك، فهناك تكون حصته من الربح ملكاً له ففي هذا المقام لابد من التفصيل في كيفية تملك العامل للحصة، ثم نرى متى يملك من المال والحصة المتوافق عليها.

وأغرب منه أنه قال: بل لعل الوجه في خبر عتق الأب ذلك أيضاً، بناءً على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبني على السراية. اذ لا يخفىٰ ما فيه. مع أن لازم ماذكره كون العين بتمامها ملكاً للمالك حتى مقدار الربح، مع أنه ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصة العامل من الربح للمالك، فلاينبغي التأمل في أن الأقوىٰ ماهو المشهور.

لا اشكال أن المالك انما يسلط العامل على ماله باعتبار حصته من الربح، كذلك العامل انما يقبل هذا التسليط من المالك في تسليطه على عمله المربح باعتبار تحصيله لحصة من الربح. و هذان التسليطان كمقدمتين للتغلب على الربح الحاصل من المال بين المالك والعامل، فالعقد عبارة عن الايعاز لهذين التسليطين من المالك والعامل.

ومن الواضح أن العامل والمالك اذاجرت منهما هاتان المقدمتان يكون العامل مالكاً للربح، ومعنى تمليكه للربح أن العامل والمالك تعهدا لأن يكون الربح بينهما حسب التقرير الذي قرراه بينهما في تمييز الربح الوارد بينهما، بحيث تكون ذمتهما مشغولة بما قررا عليه ولو لم يكن موجوداً خارجياً بعد.

والتملك للربح لايمكن في المقام الا اذا كان بوجود الربح خارجاً، ولكن بوجود المقدمتين يكون العامل مالكاً للربح، بمعنىٰ ملك أن يملك بحيث اختص بالربح على تقدير الوجود بحيث لووجد خارجاً اختص العامل بالربح، فيكون نتيجة الايعاز هو ملك أن يملك. واذا وجد الربح كان هذا التملك فعلياً، فالانضاض معناه كون الربح الذي اختص به العامل يصير فعلياً خارجياً. ولا تكون الفعلية دخيلة في صحة العقد، وانما الدخيلة في صحة العقد هي الملكية بمعنىٰ ملك أن يملك، وحيث أنه عقد عقلائى والعقلاء لايكون لهم حكم في غير الموجود خارجاً.

ومن الواضح أن الموجود الخارجي لايكون الا في مورد الوجود الخارجي للربح، فيكون ملك أن يملك بفعليته العقدية مصححاً للعقد، والمؤثر الفعلي هو وجود الربح خارجاً.

نعم ان حصل خسران أو تلف بعدظهور الربح خرج عن ملكية العامل، لا أن يكون كاشفاً عن عدم الملكية من الأول. وعلى ماذكرنا يترتب عليه جميع آثار الملكية، من جواز المطالبة بالقسمة وان كانت موقوفة على رضى المالك، ومن صحة تصرفاته فيه من البيع والصلح و نحوهما، و من الارث و تعلق الخمس و الزكاة وحصول الاستطاعة للحج و تعلق حق الغرماء به و وجوب صرفه في الدين مع المطالبة الى غير ذلك.

وعلى هذا ان في صورة الخسارة لايخرج ما كان ملكاً للعامل و يدخل فيما خسره منه، وانما بقرينة الروايات المتقدمة لهذه الملكية بنحو ملك أن يملك تكون مراعاة بعدم حدوث الضرر والخسارة، بحيث يكون بعد جبران رأس المال مازاد بينهما، فجبران الخسارة لايقتضي أن يخرج مادخل في ملك المالك، وانما يكون العقد مقتضياً لملك أن يملك العامل من دون أن يكون له فعلية. ففي هذا المقام تكون هذه الملكية الشأنية مقتضية للفعلية لولا الخسارة من قبل التجارة الموجبة للربح، فالاقتضاء يكون فعلياً لولا الخسارة.

وهذا مما لا اشكال فيه مادام بقاء العقد، لامكان ورود الخسارة ولو من معاملة أخرى محسوبة من الربح، لأنه وقاية لرأس المال. ولا اشكال في ذلك المقدار في الجملة.

وانما الكلام في زمان أصل حصول الملكية للربح، من أنها زمان ظهوره ولو لم ينض المال، أو زمان انضاضه ولو لم يقسم، أو أن الملكية المستقرة انما تكون بعد القسمة، أو أنها كاشفة عن حصولها قبلها؟ وجوه بل أقوال.

وفي الجواهر تقوية كون الملكية المستقرة انما تكون بعد القسمة لولا الاجماع على الخلاف، وان الظهور لملك أن يملك، و بالقسمة يوجب ملكية مستقرة. ولكن الاجماع قام على خلاف ماذهب اليه صاحب الجواهر.

ونظر المجمعين واضح، و ذلك لمامرّ منا مراراً أن المضاربة تقوية جهة العمل

....

والربح الحاصل من المال، و هذه الجهة كانت مورد كلام المشهور.

فتشريع المضاربة يكون لتقوية هاتين الجهتين، بمعنىٰ أن نظر المشهور كمامرّ مراراً انما يكون لهاتين، و ذلك يقتضي أن يكون ايجاد العقد مقدمة للتغلب بهذا الأمر، و ذلك انما يحصل بالظهور. اذ بهذه الجهة يحصل الأمرين، حيث يتحقق العمل والربح، لأنه بالملكية للربح حين الظهور يتحقق العمل والربح، فالعامل يأخذ حقه كما أن العمل يتحقق بذلك.

وهذا هو نظر المشهور، ولا يكون للقسمة أي دخالة في تحقق هاتين الجهتين. كما أن الانضاض أيضاً لايكون دخيلاً في تحقق هاتين الجهتين كما عرفت، واليه نظر المشهور والمحقق في شرائعه. وذلك لأن المراد من الربح هوالمال الزائد عن رأس المال بنفسه انما يقابله ويساوق في المالية نفس المالية، و ذلك لأن المفروض بعد ما كان بتمامه بدل رأس المال فعند ترقي القيمة السوقية وعلوّ مالية العروض عما له من الأول ربما يصير منشئاً لتحقق حق العامل بالعين الموجودة بمقدار ازدياد قيمته و ماليته، ولازمه حصر حق المالك من العين بمقدار مايساوي مالية رأس ماله.

ومثل هذا المعنىٰ لاقصور في اعتباره لدىٰ العقلاء وغير مرتبط بعالم تعلق العامل بنفس القيمة السوقية كما زعمه صاحب الجواهر (قدس سره) المعبر عنه بالمالية، كي يدعى بأن القيمة السوقية غير قابلة لتعلق الحق العامل به و بمثله، و غاية الامر كون العامل مالكاً لأن يملك.

والعجب من جعل هذا المعنىٰ أيضاً سبباً لانعتاق العبد المشترىٰ على العامل فيما اذا اشترىٰ من ينعتق عليه كماهو مضمون النص، مع أن الممنوع في النص والفتوىٰ عدم ملكية من ينعتق عليه لاعدم ملكية أن يملك.

و حينئذٍ فالنص المذكور أيضاً شاهد آخر على المدعىٰ. و حينئذٍ فلاوجه في ملكية الربح للعامل من الانتظار الى زمان الانضاض. و مع كون المراد من الملكية

(مسألة ٣٥)- الربح وقاية لرأس[١] المال، فملكية العامل بالظهور متزلزلة. فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به الى أن تستقر ملكيته، والاستقرار يحصل بعد الانضاض والفسخ والقسمة، فبعدها اذا تلف شيئ لا يحسب من الربح بل تلف كل على صاحبه.

الملكية المنزلة بالنسبة الى رأس المال، لاداعي للالتزام بانتظار زمان القسمة نقلاً أو كشفاً، لأن حق العامل ينتقل الى العين طبيعياً، فلاوجه لارتكاب هذه الأمور كماهو واضح.

ومن هذه المناقشات اتضح وجه بقية الأقوال في هذا المورد، و كذلك اتضح أمر اعطاء الخمس أو الزكاة، حيث أن العامل بتفاوت القيمة السوقية يجب أن يدفع الخمس أو الزكاة، و هكذا الاستطاعة كماهو واضح.

وقد تقدم في أول البحث أن العامل بالظهور يملك ملكاً متزلزلاً مادام بقاء العقد، فلو حصل خسران أوتلف يكون على المال.

ومن الواضح أن رأس المال كما قلنا بالظهور يكون الربح هو المقدار الزائد عن رأس المال، فقبل ذلك لو ورد خسران فان المال يكون ضامناً للخسارة، و بضمانه للخسارة لايكون العامل ضامناً له، لأن الخسارة اذا صرفت من رأس المال تكون الخسارة واردة عليهما لاعلى صاحب المال وحده، فلم يدل الدليل على أن الضامن هو المالك خارجاً عن مال المضاربة.

و نتيجته كما قلنا يكون نفس رأس المال عند ظهور الربح، فيتحمل العامل والمالك كليهما الخسارة بالعبارة التي ذكرناها، لأن الربح مازاد عن رأس المال. وبهذا قلنا انه عند تحمل الخسارة يكون الربح وقاية لرأس المال، كما سيأتي التعرض له. ولهذا قلنا بأن ملكية العامل للربح تكون ملك أن يملك مادام بقاء العقد ملكاً متزلزلاً مادام لم تحصل الخسارة كما بيناه. وأما القسمة فسيأتي التعرض لها مفصلاً.

[١] الكلام في هذه المسألة يقع ضمن فروع كالآتي:

ولايكفي في الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم الفسخ، بل ولاقسمة الكل كذلك، ولا بالفسخ مع عدم القسمة، فلو حصل خسران أو تلف أوربح كان كما سبق، فيكون الربح مشتركاً والتلف والخسران عليهما ويتم رأس المال بالربح.

الفرع الأول: لا اشكال أن العامل لما قبض المال من المالك نقداً - كما هو قانون المضاربة- وعمل فيه، فان هذا يجعل المال الذي بيد العامل موجباً للربح الحاصل من عمل العامل في هذا المال، فيكون رأس المال بعد العمل مشتركاً بين العامل والمالك طبيعياً و تلقائياً، فيكون الضرر والخسارة الواردة على المال خارجة من هذا المال الذي عمل به العامل، فيكون الربح جابراً من هذا المال الذي يكون مشتركاً بعدالعمل بين المالك والعامل.

وعلى هذا يكون المال مشتركاً بين العامل والمالك بنحو الشركة المشاعة، و يكونان مالكين لهذا المجموع من رأس المال والربح الحاصل من عمل العامل و رأس المال، فلايكون كل واحد مختصاً بجزء منه، بل يكونان مشتركين فيه أجمع، فيكون العامل مالكاً للربح الحاصل من هذا المال. ولكن اذا اوجب تلف أوخسارة تكون خارجة من هذا المال المشترك . فاستقرار هذا المال لكل من المالك والعامل لايكون بالظهور، حيث قلنا ان الظهور يقتضي كونهما مشتركين في المال.

و حينئذٍ لابد من التماس استقرار لهما، ومن الواضح أن المال الذي يعطيه المالك للعامل لما كان نقداً في المضاربة فقهراً لابد وأن يكون العامل بعمله من حيث ظهوره أيضاً نقداً، فيكون الدليل الوارد بأن الوضيعة على المال لابد وأن يكون المال الذي عمل به العامل الذي صار مشتركاً بينهما، فالمال هوالذي دفعه المالك الى العامل وعمل به العامل. والظاهر من الصحيحة هو وجود العقد لا فسخه. و نتيجة ذلك أن المال المراد في المقام هوالمال المشترك بينهما لا ما يقابل الربح كما توهمه بعض الأساتذة.

الفرع الثاني: هل الاستقرار يكون بالانضاض أو بعد القسمة أو بعد الفسخ؟ فان

نعم لوحصل الفسخ ولم يحصل الانضاض ولو بالنسبة الى البعض و حصلت القسمة، فهل تستقر الملكية أم لا؟ ان قلنا بوجوب الانضاض على العامل فالظاهر عدم الاستقرار، وان قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان، أقواهما الاستقرار. والحاصل ان اللازم أولاً دفع مقدار رأس المال للمالك، ثم يقسم مازاد عنه بينهما على حسب حصتهما، فكل خسارة و تلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح، و تماميتها بما ذكرنا من الفسخ والقسمة.

من الواضح أن الظهور يوجب تملك العامل للربح الحاصل من عمله، و هذا الظهور يوجب أن يكون العامل واجداً للمال الناتج من الربح. ولكن حيث أن المال مشترك بين العامل والمالك فيكون الضرر الوارد على هذا المال وارداً على كلا الطرفين لما يملكه العامل بالملكية المستقرة وعلى رأس المال الذي يملكه المالك بالملكية المستقرة بعد الظهور، فيكون رأس المال مشتركاً بين المالك والعامل، وتكون ملكيته مستقرة كما في ملكية المالك لماله. ولم يتوهم أحد بأن المالك بعد أن أعطى ماله للمضاربة يكون ماله منقلباً من الملكية المستقرة الى الملكية المتزلزلة لأن يخسر في ماله أو يتلف في المضاربة.

نعم يكون الربح له ملكية مستقرة، ولكن هذه الملكية المستقرة لا تكون مورداً للخمس أو الزكاة أو وجوب الحج، من جهة أن المال لما كان مشتركاً وكانت المضاربة باقية فيمكن وجود التلف أو الخسران، فيكون التلف عليهما، فلا يكون مورداً لهذه الأمور، لأن هذه الأمور تكون في مورد صورة الاستقرار، و بعد كون المضاربة باقية فيمكن أن يتحقق الخسران أو التلف، فلايكون العامل أو المالك مصداقاً لهذه الأمور كماهو واضح.

الفرع الثالث: لا اشكال أن عقد القراض انما يتحقق بمالو كان المال نقداً، فلايمكن تحقق العقد بالعروض.

وعلى هذا فان العقد الواقع على المضاربة أن اشترط فيه نقداً فان الربح

....

الحاصل للعامل انما يحتسب لوكان نقداً فيحتاج الى الانضاض، وأما قبل الانضاض فيكون المال مشتركاً بين العامل والمالك اذا لم يكن ناضاً وكان عروضاً كان باقياً على الاشتراك.

و حينئذٍ فلابد وأن يكون بعد الانضاض و بقاء عقد المضاربة كان التلف الوارد على المال من كليهما، لأن المناط هو عقد المضاربة. فلو ورد الفسخ في هذا المال بعد الانضاض وقبل القسمة لايمكن أن يكون خارجاً عن عنوان عقد المضاربة بعد أن كان عقد المضاربة باقياً.

و حينئذٍ لو وردت القسمة على الربح وكان عقد المضاربة أيضاً باقياً فلا تؤثر القسمة في الربح، لأن عنوان عقدالمضاربة لما كان باقياً فهذا العنوان هو المناط في ايجابه الشركة بين العامل والمالك، فما دام بقاء هذا العنوان يكون الربح مشتركاً بين العامل والمالك والخسارة على المال.

وفي هذا المجال لا تكون هذه الأمور موجبة لكون الخسارة على واحد من العامل أو المالك مادام هذا العنوان باقياً.

نعم تكون موجبة في مجال كون الفسخ وارداً على العنوان من دون الانضاض أو القسمة، وعليه فهل يكون ذلك موجباً لكون الخسارة في جهة التلف غير ملتزم بها العامل أم لا؟

والجواب عليه يكون على ثلاثة أنحاء:

(النحو الأول) أن تكون المضاربة باقية ويكون الربح مقتسماً بين المالك والعامل ويكون الخسران على كليهما، وان كان المال لم ينض ولم يقع الفسخ بعد.

(النحو الثاني) اذا كان المال ناضاً ووقع الفسخ ولم يكن الربح مقتسماً.

(النحو الثالث) لونض المال و وقعت الخسارة ولكن لم يكن الربح مقتسماً، فهل يتحمل المالك الخسارة أو أن العامل شريك في ذلك؟

....

فان من الواضح أن يد العامل في المال تكون يداً أمانية، فيجب رده الى المالك كما هو على ماهو عليه، وحيث أوجبناه كما سبق في أن المال لابد أن يكون من النقدين فقاعدة «على اليد» تقتضي أن ترد الأمانة على ماهي عليه من كونها حتى تؤدي بما هو عليه، و ذلك يقتضي أن يكون عند استرداد المال بما هو عليه من النقدية التي أخذت من المالك.

ومن الواضح أيضاً أن الانضاض يكون عل عاتق العامل، فيكون الأمر كذلك. ولا يكون الفسخ من دون الانضاض مؤثراً في امكان وقوع الخسارة على أي واحد من الطرفين، حيث أنه قبل الانضاض يكون في عاتق العامل.

وما قيل: من أن الأيادي الأمانية خارجة عن هذا الموضوع. فهو في مورد عدم التعدي والتفريط. ومن الواضح ان يد العامل أمينة اذا لم يكن معها تعدٍ أو تفريط، و عند رد المال الغير النقدي على ما هو عليه عروضاً، فيكون تعد و تفريط، فيخرج عن موضوع أمانية الأيادي.

وقد سبق منا في الجمع بين دليل الأيادي الأمانية و دليل على اليد، أن على اليد لايشمل الأيادي الامانية. ولكن اذا خرجت اليد عن كونها أمانية بالتعدي والتفريط -كما في المقام- تكون داخله في قاعدة اليد وتكون خارجة عن كونها أمانية.

ومن الواضح أن بناء المضاربة على كون المال نقداً يقتضي الانضاض عند الفسخ، فلو فسخ من دون انضاض فالعامل لابد وأن يكون له سلطنة على التصرف في المال بعد الفسخ لأن يرد رأس المال الى المالك، مع أن الشركة الناشئة من المضاربة مفسوخة. فعلى هذا يكون الانضاض دخيلاً في تأثير الفسخ.

وأما القسمة فان من الواضح أن العامل أو المالك في فسخه قبل القسمة للربح وكون المال مشتركاً بينهما يوجب اشتراكهما في رأس المال والربح الحاصل من المال، فاذا فسخ المالك أو العامل المضارب قبل القسمة معناه أنه يكون مسلطاً

....

على تخليص ماله عن مال شريكه.

وهذه الجهة لابد وأن تجعله سلطاناً على المال، فلايكون الفسخ قبل القسمة موجباً لانفساخ المعاملة وكون الضرر الوارد على المعاملة، اذ العامل والمالك لما كان لهما السلطنة على هذا المال المشترك فقبل القسمة لوطرأ الفسخ لايكون لأحدهما سلطنة على تخليص ماله، و بعد أن كان كذلك لا يؤثر الفسخ في كون الضرر الوارد على المال الإعلىٰ هذا المال المشترك .

فان من الواضح أن تأثير الفسخ قبل القسمة، فان المال الموجود بعد الفسخ وقبل القسمة هل يجعل التلف الوارد على المال على رأس المال أم لا؟

لا اشكال أن الفسخ الوارد على عنوان المضاربة كسائر العناوين المضافة على عنوان آخر، يكون بقاؤه دائراً مداره و تابعاً لبقاء العنوان، أي عنوان عقد المضاربة، فمال المضاربة على الموجود قبل القسمة بعد الفسخ.

والظاهر أن مثل هذه العناوين كسائر العناوين المضافة الى العنوان الآخر يكون بقاء عنوان المضاربة تابعاً لبقاء العنوان، فمال المضاربة انما يكون تابعاً لبقاء عنوان المضاربة، فاذا فسخ العقد ولم يقسم أولم ينض -أي اذا لم يكن نقداً- فان المال لايكون مال المضاربة بعد الفسخ، ومع عدم بقاء العنوان بعد الفسخ المضاف اليه بالفسخ حسب الفرض لايصدق العنوان المضاف اليه، فلا وجه حينئذٍ لبقاء الوفاء به، فلايكون مال المضاربة حتىٰ يترتب عليه نتائجه. الا أن يقال: ان مجرد الشك في بقائه يكفي في استصحابه.

ولكن مع ذلك يمكن دعوىٰ أن عموم السلطنة على الملك يقتضي عدم الاحتساب للضرر الوارد على رأس المال قبل الفسخ للعامل والمالك، لأن المال مشترك بينهما والربح وقاية لرأس المال، لأن المال الوارد في المضاربة لما كان مشروطاً بكونه عروضاً فالمال المعطىٰ الى العامل بقاعدة الايتمان يقتضي أن يرده الى المالك على ماكان عليه، وهو يقتضي قبل الفسخ بأن يرده على ما أخذه من

....

المالك، و ذلك بالنقد كما عرفت.

وقبل الفسخ لابد وأن يكون الضرر الوارد على المال على ماهو عليه، وان يكون الضرر الوارد على المال جابراً لرأس المال بمقتضى وقاية الربح لرأس المال قبل انشاء الفسخ. وهذا مما لا اشكال فيه.

و بعد وجود مثل تسلط العامل والمالك في الملك من جهة رأس المال والربح الحاصل له، فان هذا العموم يقتضي أن يكون تسلطه على الملك عن الاطلاق حتى مع عدم الانضاض، لأن الملاك انما تكون لهم السلطنة على ملكهم، و ذلك الاطلاق يقتضي أن يكون مسلطاً على ماله حتى مع عدم الانضاض. و حيث كان كذلك يقتضي أن يكون الفسخ بنفسه مؤثراً في الاستقلال في الملك، كما أن القسمة تكون موجبة للاستقرار في الملك.

ولكن قد عرفت فيما تقدم أن الإنضاض لابد وأن يكون في المضاربة، حيث أن في كلمات الفقهاء تأكيداً على أن يكون من النقدين، وهو يقتضي أن يكون رد العامل للمالك رأس ماله بطبيعة المضاربة بالانضاض، فلو لم ينض المال لايكون المالك متمكناً من رد المال واستقرار المال في يد العامل، بل يكون العامل غير أمين و تبطل المضاربة و تترتب عليه نتائجه.

والعجب من الشهيد «قده» القائل بكفاية الانضاض بحصول الاستقلال في الملك، أو أن الاستقلال في الملك يكون بالقسمة، كما احتملناه في كلماتنا المتقدمة بعد الانضاض في الربح الحاصل، فان القسمة قبل الفسخ تكون موجبة لحصول الربح للعامل والمالك من قبل.

فان ذلك بعد كون المال مشتركاً بين العامل والمالك و بعد كون القسمة توجب انحياز العامل والمالك في المال ويكونان غير مشتركين في الربح.

ولكن الكلام في أن المضاربة لما كانت والعقد باق يكون الضرر الوارد على المال على كليهما ولايكون مختصاً بأحدهما، فمن هذا الوجدان واجماع

....

الأصحاب يقتضي كون الدخيل في استقلال الملك هو اجتماع الثلاثة من الانضاض والقسمة والفسخ، فان في مثل اجتماع هذه الثلاثة يقتضي أن يكون كلاهما دخيلان في استقرار الملك، من دون أن يكون نقصان أحدهما موجباً لاستقرار الملك، ويكون الضرر الوارد على المال متوقفاً على اجتماع المال، فما لم يجتمع الانضاض والقسمة بحيث يخرج عن الشراكة، و فسخ المضاربة يقتضي أن يكون العامل والمالك كل واحد مستقلاً في المال الحاصل لهما.

وعلى هذا فلوضارب العامل والمالك في المال و حصل لهما ربح و قسماه وأرادا البقاء والاستمرار في هذه المضاربة ولم يفسخا ثم عمل بهذا المال وحصل الربح من العمل الثاني وقبل أن يقسماه حصل ضرر بالمال، فانه يكون الضرر وارداً على المال، ينجبر من الربحين، أو يختص انجباره من الربح الأول فقط، أو يكون مشتركاً بين الربحين و يكون رأس المال الأول مناطاً في حفظه؟

فان من الواضح أن المضاربة الأولى قد أوجبت الربح و قسماه ولكن لم يفسخا المضاربة و جعلا رأس المال الموجود المقسم ربحه رأس مال للمضاربة الثانية، فالمضاربة الثانية لها رأس مال و ربح، فالضرر الوارد على هذه المضاربة يكون مأخوذاً من المضاربة الجديدة، لأن المضاربة الأولى قد اقتسما ربحها ولايكون لها رأس مال الا رأس مال المضاربة الثانية، فقهراً يكون المناط في المضاربة الثانية رأس مال المضاربة الثانية الذي لابد من حفظه بالربح، والزائد على ذلك يقسم بين المالك والعامل، فالمأمور بحفظه هو رأس المال الثاني.

ولكن يمكن أن يقال: ان العامل والمالك حيث أنهما لم يفسخا المضاربة واستمرا بالعقد، معناه أن وحدة العنوان توجب وحدة المعنون، و وحدة المعنون تقتضي كون المضاربة الأولى باقية وان اقتسما ربحها. الا أن هذا التقسيم لا يوجب أن يكون المعنون واحداً مادام العنوان باقياً.

وعلى هذا فاذا ورد ضرر على رأس المال الثاني فلابد وأن ينجبر بالربح الذي

....

حصل من المضاربة الأولىٰ، وان يكون المناط هو رأس المال الأول في انجبار رأس ماله، ولا مناط في انجبار رأس مال الثاني. اذ من الواضح أن العامل عامل للاسترباح، وهذا الاسترباح باق مالم تنفسخ المضاربة، وفي زمان الاشتغال بهذا المال لابد وأن ينجبر ثم يقسم الربح بينهما.

وهذه الأمر بالتقسيم وان كان اشتراكهما في الربح الحاصل من المعاملة الأولىٰ، ولكن لما كانت المضاربة باقية يكون الأمر كمالو ضارب المالك العامل واستربح العامل في معاملة و قسما الربح ثم اشتغلا بمعاملة ثانية و استربحا فيها. وهكذا يكون المناط هو رأس المال الذي اشتغل به في انجباره ثم تقسيم الربح، فتكون وحدة العنوان مستلزمة لاضافة عنوان آخر اليه لا توجب هذه الاضافة تشتتاً في نفس المعنون، بل يبقىٰ العنوان على ما هو عليه من الوحدة، فله آثاره المترتبة عليه في انجبار نفس ذلك العنوان.

وهكذا على رأي الشهيد قدس سره، اذ الانضاض -وان كان موجباً لتملك العامل والمالك للربح الحاصل بالاسترباح- الا أن هذا التملك لايكون موجباً لئلا ينجبر رأس المال بعد كون المضاربة باقية، لأن ذلك لايوجب تخلخل العنوان الذي وقع عليه العنوان والعقد، ولا يوجب انثلامه، ولا يوجب ما كان تمام الموضوع بهذا العنوان المترتب عليه جزء الموضوع، لأن العنوان الوارد على المعنون لايوجب تضيق المعنون الوارد عليه العنوان، فلا يمكن أن يكون العنوان على ماهو عليه من الاطلاق، ولا يوجب تضييق العنوان الوارد عليه، فيبقىٰ على كونه العلة التامة في الآثار المترتبة عليه.

وما قيل في المقام انما يتخيل ان التخصيصات توجب انقلاب العام من تمام الموضوع الى جزء الموضوع الذي قد بينا فساده.

وأما قضية الاستصحاب فان بعض الأساتذه قد حكم بأنه لما كان استصحاباً تعليقياً فلايكون حجة.

....

ولكنه توهم فاسد، وذلك لو كان الفسخ وارداً على مال المضاربة قبل القسمة، فان من الواضح لو حصل الضرر الوارد على مال المضاربة وكان عنوان المضاربة عنواناً عاماً وورد عليه الفسخ فيعلم أن هذا العنوان العام قدمات بالفسخ، ولكن هل الجهة التي توجب انهدام هذا العنوان العام بشراشره قد أبيد بالفسخ أو أن الجهة الموجبة لتحمل الضرر من ناحية المالك والعامل قد أبقياه؟ فيكون المقام مقام جريان الاستصحاب من الكلي القسم الثالث من القسم الثالث، اذ عنوان الكلي يمكن بقاؤه على ما حققناه في مقامه، ولايكون من الاستصحاب التعليقي الذي حكم فيه بعدم حجيته.

و بهذا تعرف أن مصير الشهيد «قدس سره» في الحكم بأنه بالانضاض يتملك العامل والمالك الحصة الموجودة من المال والضرر الوارد على مال المضاربة. لايكون وارداً على رأس المال، بل يختص بالعامل والمالك، ولا يكون رأس المال منجبراً بما هو رأس المال. ولكن كلامه هذا معناه أن الاستصحاب لايجري، وقد عرفت فساده بجريانه.

وفذلكة البحث تنحصر في جهتين:

الجهة الأولىٰ: ان العنوان القائم على عنوان المضاربة حيث انه عام قد خصص بجهتين: الجهة الأولىٰ الانضاض، والجهة الثانية القسمة. فتكون هاتان الجهتان واردتين على العنوان العام، و ورودهما لايوجب ضيقاً في جهة العام، لأن عنوان المضاربة باق على عمومه، بل تكونان واردتين على العام، و ورودهما لايوجب تضييقاً في ناحية العموم، فما دام هذا العموم باقياً فلا يؤثر ورودهاتين الجهتين ضيقاً فيه.

وعلى هذه الجهة لا تكون الآثار الواردة من العام مؤثرة في تقليص آثاره المترتبة عليه، فالعموم يقتضي أن يكون رأس المال محفوظاً في الاسترباح، فلابد من انخفاض هذه الآثار حتىٰ ولوورد الانضاض أو القسمة، فما دام بقاء هذا العنوان

....

لايؤثر في القسمة أو الانضاض في أن يكون رأس المال محفوظاً ولو ورد الضرر على رأس المال فيؤخذ من رأس المال ولو وردت القسمة أو الانضاض مالم يكونا قد فسخا وارادا على هذا العنوان عنواناً عاماً.

والجهة الثانية: ان الضرر لو ورد على رأس المال بعد الفسخ و بعد أن لم ترد القسمة أوْ بعد أن لم يرد الانضاض، فان عنوان القسمة لما كان كلياً و وارداً على العنوان العام فانتفاء هذا العنوان العام الذي يكون عنوان المضاربة في ترتب النتيجة الذي هو تتميم رأس المال، هل ينتفي بالفسخ قبل القسمة أو قبل الانضاض مثلاً أولا يكون هذا الأثر منتفياً بالفسخ قبل القسمة أو قبل الانضاض مثلاً؟

فان المورد مورد الاستصحاب القسم الثالث من القسم الثالث الذي قلنا بجريانه في مورده.

وعلى هذا فمن وجود الاجماع على كون المضاربة من العقود، نستكشف أن هذا العنوان من العناوين التي يؤثر عليها عنوان آخر مترتب عليه، وهذا العنوان مؤثر في آثاره من حفظ رأس المال ولو ترتبت فيه باقي العناوين الطارئة عليه، ولا يتضيق بالنسبة الى الآثار الواردة عليه و يؤثر أثره لو طرأت هذه الآثار الجنبية عليه، لأن هذه الآثار انما يكون ترتبها عليه فرع ترتبه وانخفاض العنوان العام منه، فلا تكون هذه الآثار الجنبية مؤثرة في تضييق العنوان العام كما بيناه مفصلاً.

وأما الجهة الأخرى التي قد بيناها هي: أن العنوان العام لو ورد عليه الفسخ من دون أن يكون هناك انضاض أو قسمة، فهل يكون موجباً لرفع الآثار المترتبة على العنوان العام أو أن الآثار لابد وأن تكون مجتمعة عند ورود اجتماع هذه الثلاثة القسمة والانضاض والفسخ، فلو ورد الفسخ قبل الانضاض أو قبل القسمة فيكون استصحاب بقاء الآثار المترتبة عليه جارياً كما ذكرنا، ولايكون الضرر الوارد على رأس المال الا منجبراً من الربح أو وارداً من المال، ولو كان الفسخ ولم تكن هناك قسمة أو انضاض فلا يجري مثل هذا الاستصحاب لو كان الفسخ بعد

(مسألة ٣٦)- اذا ظهر[١] الربح ونض تمامه أو بعض منه فطلب أحدهما القسمة، فان رضي الآخر به فلامانع منهما، وان لم يرض المالك لم يجبر عليها، لاحتمال الخسران بعد ذلك والحاجة الى جبره به.

قيل: وان لم يرض العامل فكذلك أيضاً، لأنه لو حصل الخسران وجب عليه رد ما أخذه، ولعله لايقدر بعد ذلك عليه لفواته في يده، وهو ضرر عليه.

الانضاض والقسمة، حيث يكون الضرر غير مترتب على المال كما لايخفى.

وهاتان الجهتان هي مورد كلامنا في هذه التفاصيل من قيام الاجماع والقواعد.

[١] في هذه المسألة فروع لابد من البحث عنها، وهي اشارة و تذكار لما قدمناه:

الفرع الأول: في القسمة ومن له طلبها. فان القسمة عبارة عن اعتبار عقلائي خاص نتيجته و مرجعه و حقيقته هو تجزئة حقيقة الأجزاء المشتركة عن الأجزاء الأخر، في قبال الشركة التي هي عبارة عن تشتت الملكية والاعتبار، فان حقيقة الشركة الموجودة في المضاربة و غيرها عبارة عن سلطنة واحدة على تمام العين بمالها من الأجزاء القائمة بشخصين أو أزيد بنحو يكون كل واحد من الشركاء سلطنته ناقصة على تمام العين كما في غير الشركة، الا أنه في غيرها كانت السلطنة على العين قائمة بشخص واجد على نحو يكون مستقلاً في التصرفات، و فيها قائمة بشخصين أو أزيد بلا أن تكون شركة في نفس العين حقيقة على أن تكون العين جزء منها لواحد واجزاؤها الأخر لآخرين.

نعم يعتبر العقل بملاحظة كون العين متعلقة للسلطنة شركة في نفس العين أيضاً، فيعتبر في الخارج أجزاء مختلطة بعضها بالبعض الآخر. لكنه مجرد زعم و خيال بلا أن يكون في البين شركة حقيقية.

و حينئذٍ تكون القسمة معينة لتلك الأجزاء المختلطة اعتباراً بعضها عن بعض،

وفيه: ان هذا لايعد ضرراً، فالأقوىٰ أنه يجبر اذا طلب المالك.

وكيف كان اذا اقتسماه ثم حصل الخسران، فان حصل بعده ربح يجبره فهو والارد العامل أقل الأمرين من مقدار الخسران و ما أخذ من الربح، لأن الأقل ان كان هوالخسران فليس عليه الاجبره والزائد له، وان كان هوالربح فليس عليه الامقدار ما أخذ.

لا أنها عبارة عن مبادلة جزء منها بجزء، كما توهمه صاحب الجواهر «قدس سره».

نعم لوكانت الشركة حقيقة في نفس العين على أن يكون جزء منها لهذا الجزء والجزء الآخر لذلك، فبالقسمة تبادل الجزء بذلك، فتصدق المبادلة بالمالك.

وقد عرفت أنه لاشركة في العين حقيقة خارجاً وانما الشركة في السلطنة، من حيث قيام سلطنة واحدة واحدة متعلقة بالعين و بشخصين. وعليه لايتصور لها جزءان جزء له و جزء لآخر لتقع المبادلة بين الأجزاء، بل العين كانت متعلقة لتلك السلطنة القائمة بها. و معه لا تكون القسمة الا معينة لحصة كل منها بملاحظة ما يعتبر العقل من الشركة الوهمية الخيالية. هذا كله في اصل القسمة.

و بعبارة أخرىٰ: يمكن القول بأنها غير مرتبطة بباب البيع، لعدم قصد مبادلة بين المالين، بل يكون في قصد المبادلة في القسمة بين الملكيتين أيضاً. غاية الأمر ان نتيجة مثل هذا الجمع والافراز حصول مبادلة قهرية بين مراتب الملكية، بل بتبعه تصدق المبادلة بين المالين أيضاً، ولكنه من لوازم قصد معنىٰ آخر، لاأنها بنفسها مقصودة. وأيضاً يسبب بمصالحة لعدم انشاء تسالم في البين، بل المقصود أولاً هو الافراز المذكور.

وعلى أي حال اعتبارها بالفسخ أقرب من أن تكون عقداً، فلا يشمل سببيته عموم «أوفوا بالعقود»، كما أنه ليس دليل مشروعية القسمة بالمعنىٰ المسببي اطلاق متكفل لحال سببه، غاية الأمر يدل على مشروعيتها بلا اشكال -أي الرضا بالقسمة- حيث لا اشكال في اعتباره.

ولكن الكلام في أنه هل يكفي مجرد الرضا الباطني بالقسمة أو أنه لابد من

ويظهر من الشهيد أن قسمة الربح موجبة لاستقراره وعدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها، لكن قسمة مقداره ليست قسمة له من حيث أنه مشاع في جميع المال، فأخذ مقدار منه ليس أخذاً له فقط، حيث قال على ما نقل عنه: ان المردودأقل الأمرين مما أخذه العامل من رأس المال لامن الربح، فلو كان رأس المال مائة والربح عشرين فاقتسما العشرين فالعشرون التي هي الربح مشاعة في الجميع، نسبتها الى رأس المال نسبة السدس، فالمأخوذ سدس الجميع، فيكون خمسة أسداسها من رأس المال و سدسها من الربح، فاذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح وهو نصف سدس العشرين و ذلك درهم و ثلثان، يبقى معه ثمانية و ثلث من رأس المال، فاذا خسر المال الباقي رد أقل الأمرين مما خسروهي ثمانية و ثلث.

ابرازه؟

الظاهر أن القسمة لما كانت عبارة عن اعتبار يعتبره العقلاء، فان اعتبار العقلاء يكون أمراً ذهنياً، والأمر الذهني في نفسه لايكون معتبراً عند العقلاء الا ما كان له موضوع خارج الذهن. فان ايقاع النسبة حيث كان ذهنياً لايعتبره العقلاء.

وذلك أن النبي «ص» جعل في معركة خيبر قساماً، وجعل أميرالمؤمنين أحد شرطة الخميس قساماً. وحيث كان البناء عقلائياً وجعل القسام من قبل النبي والأمير فلا اطلاق ولا عموم في البين ليكون متكفلاً لحال السبب كي يكون مرجعاً عند الشك في دخل شيً في سببيتها عند العقلاء، كما أنه لايتكفل لحال المسبب أيضاً. وان تم بناء العقلاء على اعتبارها في مورد أو بناؤهم على سببية شيً لها، فيؤخذ بمقدمات الحكمة و عدم ردعهم، والافلابد من الرجوع الى أصالة عدم تحقق القسمة والمسبب.

وعلى هذا نقول: ان شك في دخل الابراز في تحقق القسمة أو كفاية مجرد

وفيه: مضافاً الىٰ أنه خلاف ماهو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق ان لم يلحقه ربح وان عليه غرامة ما أخذه منه، انظار أخرىٰ:

منها: أن المأخوذ اذا كان من رأس المال فوجوب رده لايتوقف على حصول الخسران بعد ذلك.

و منها: أنه ليس مأذوناً في أخذ رأس المال، فلاوجه للقسمة المفروضة.

الرضا من دون ابراز، فان الأصل يقتضي عدم تحقق القسمة بل يحتاج الى الابراز.

و تظهر الثمرة فيما لو تراضيا بالقسمة ولم يبرزاه الابعد مدة، فانه على القول بعدم لزوم الابراز الخارجي كانت القسمة حاصلة من حين التراضي، أو لايكون كل واحد مختصاً لما قسم من أصله و نصيبه من النماء الحاصل بعد الرضا بالقسم.

وأما على القول بمدخلية الابراز - كما هو الحق - كانت القسمة حاصلة من حين الابراز، ولازمه كون النماء الحاصل فيما بين زمان التراضي والابراز مشتركاً بين الشريكين.

والجهة الأخرىٰ التي تتفرع على هذا الأصل ما لوشك في أن القرعة بعد تعديل السهام وكان المتكفل للقسمة المالك والعامل في أن القرعة تعين السهام أم لا؟ بحيث يكون دخل القرعة في ذلك -اي تحقق المسبب- في حقيقة القسمة والافراز، المراد في المقام هو بعد تعديل السهام، فالاصل المذكور يقتضي الاعتبار.

نعم لوكان لدليل القرعة اطلاق حتىٰ في مقام موضوعيتها للتعيين كالمقام، أمكن التشبث باطلاق دليلها لاثبات التعيين والافراز بلا احتياج الى تراضيهما بعد القرعة والتعديل، فيكون الأصل مقتضياً للتعيين بالقرعة التي هي الوسيلة الوحيدة لتعيين الحق.

وظاهر المشهور اعتباره كاعتبار الرضا من الطرفين.

ومنها: أن المفروض أنهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان أنه ربح لابعنوان كونه منه و من رأس المال.

ودعوى: أنه لايتعين لكونه من الربح بمجرد قصدهما مع فرض اشاعته في تمام المال. مدفوعة: بأن المال بعد حصول الربح يصير مشتركاً بين المالك والعامل، فمقدار رأس المال مع حصة من الربح للمالك ومقدار حصة الربح المشروط للعامل له، فلاوجه لعدم التعيين بعد تعيينهما مقدار مالهما في هذا المال، فقسمة الربح في الحقيقة قسمة لجميع المال ولا مانع منها.

ولكن يشكل باقتضاء أدلة القرعة للمورد، لأن أدلة القرعة انما تختص بمورد التشاح على ما يستفاد من أدلة القرعة، فلا عموم لها يشمل المقام. وعلى فرض الشمول يحتاج العمل بها الى عمل الأصحاب ليكون جابراً لها، فعند عدم احراز ذلك لامجال للعمل بها.

لكن الانصاف عدم ورود هذا الاشكال، فان ورودها في مورد التشاح لايوجب اختصاصها به، خصوصاً مع تحقق ماهو المناط في مورد التشاح، وهو كونه وسيلة لتعيين الحق في المقام أيضاً، وأما في موردالجبر فيكفي ذهاب المشهور الى العمل بها في المورد.

وأما الاستدلال لعدم اعتبارها بما في بعض الأخبار من قوله «لك ماعندك ولي ما عندي» و باطلاقات أدلة القسمة و بقاعدة أدلة السلطنة من اقتضائها السلطنة على ماعين بعد التراضي. فمندفع:

أما الأول فلعدم كونه مربوطاً بالمقام من جهة كونه محمولاً على المصالحة، كما هو الظاهر من الرواية ايضاً.

وأما الثاني فلعدم كونه متكفلاً لبيان الأسباب، فيكون حينئذٍ كالأدلة الدالة على مملكية البيع الغير متكفلة لبيان سبب التملك أي شيً هو.

....

وأما الثالث فهو أيضاً كذلك، لأن السلطنة انما تكون بعد تحقق القسمة، فلايكون متكفلاً لبيان سبب القسمة.

وأما الرضا بعد القرعة فالظاهر عدم اعتباره للقرعة وللسيرة المستمرة العرفية كماهو واضح.

الفرع الثاني: في القسمة. وقلنا انها تكون بتراضي الشريكين، فان رضيا بالقسمة فهو. والمفروض أن العقد على ماهو عليه ولم يفسخا العقد، وانما الكلام في الاسترباح الفعلي، فالعامل أو المالك يريد القسمة بعد أن ينض المال، فتارة يكون العامل والمالك متوافقين على القسمة، فلا اشكال في صحتها وقلنا بأن القسمة تكون في المورد أشبه بالفسخ، حيث أن العامل والمالك انما يمضيان في أمرهما في وجود العقد، ولكن يفسخان الربح الموجود الفعلي بالقسمة من دون أن يكون فسخاً لأصل المعاملة والمضارة.

ففي هذا المقام لما كانا مستمرين في المعاملة معناه كون الضرر الوارد على رأس المال منجبر بالربح الحاصل من هذا الاستمرار، فتكون مضاربة واحدة، وان اقتسما الربح فلايوجب أن تكون المضاربة مفسوخة، بل يكون الربح باقياً و رأس المال منجبراً بالربح الحاصل من هذا الاستمرار، فان المالك أو العامل -وان اقتسما الربح الحاصل من المعاملة- لايوجب عدم انجبار الضرر الوارد على رأس المال بعد الاقتسام اذا كانا مستمرين في المضاربة ولم يفسخاها، لما ذكرناه في الفروع المتقدمة.

وكذلك انما يرد على الشهيد «قدس سره» لا تكون القسمة من دون فسخ لأصل المضاربة موجبة، لكون المقتسمين في راحة من الضرر الوارد على رأس المال، بل رأس المال لابد وأن يكون على منواله مادامت المضاربة باقية، كما اتضح فيما ذكرناه، ولا مجال لما ذكره الماتن من التفاصيل.

الفرع الثالث: وان كان ذكره في المقام غير لازم ولكن لرد شبهة بعض

....

الأساتذة، وهو أن الضرر الوارد في القسمة اذا كان المالك والعامل يملكان الربح بمجرد الظهور فيكونان مسلطين على ما يملكان. و هذه الملكية لما كانت لهما مسلمة فلايكون مجال لوجود الضرر الوارد عليهما أن أرادا القسمة، وان أراد أحدهما القسمة كالمقام بأن أراد القسمة العامل والمالك يمتنع من ذلك، فانه وان كان خارجاً عن البحث فيما نحن فيه -لأن العقد باق و ينجبر الضرر الوارد على رأس المال بمنفعة أخرىٰ- الا أن مفروض البحث في مورد لايكون عقداً موجباً لجبران الضرر الوارد على المالك وكان خارجاً عما نحن فيه، فان الضرر الوارد على الشريك يوجب عليه ضرراً مالياً، فان الضرر المالي اذا كان متعارفاً يجب عليه قبول القسمة من شريكه، بحيث لايوجب خروج ضرر كثير على الشريك الموجب لخروج المالية منه.

وأما اذا كان الضرر الوارد على الشريك ضرراً موجباً لحد الحرج على الشريك، فهل يكون للشريك اجبار الشريك على القسمة أم ان الضرر الوارد على حد الحرج لايكون للشريك القسمة فيه؟

من الواضح التسالم على عدم اجبار الممتنع المتضرر على القسمة، مستدلاً فيه بقاعدة الضرر ولا ضرار كما عن الشرائع.

لكنه ربما يشكل ذلك بمنع جريان القاعدة المذكورة في مقابل دليل السلطنة المقتضي لسلطنة كل واحد من الشركاء لافراز نصيبه، لأن ثبوت السلطنة لكل واحد من الشركاء لافراز ماله و نصيبه ولان ثبوت السلطنة على الأموال لمالكها انما كان من الأحكام الارفاقية التي يقتضيها الامتنان، فلايمكن نفيها بمثل قاعدة الضرر الواردة في مقام الامتنان. كيف و لازمها عدم سلطنة الناس والملاك على التصرف في أموالهم فيما لو اقتضىٰ تصرفه نقصاً في مالية دار الغير، كبناء حمام أو معسكر بجنب دار الغير، أو بيع داره من مخالف المقتضي لعدم رغبة الناس بالنسبة الىٰ دار جاره الموجب لنقص في ماليته، بحيث كان يساوي قبل هذا البناء مائة

....

ألف و بعد البناء بألفين.

و مثله مالو عرض متاعه في السوق و باعه بأنقص من قيمته المتعارفة أو بذله للناس مجاناً، وقد كان ذلك موجباً لنقص في مالية مال الغير من جهة كسر السوق أوعدم رغبة الناس الى متاع غيره. وكذلك من التصرفات الموجبة لورود الضرر الواصل الى حد الحرج أحياناً مع أنه لايظن أحد بذلك، فيكشف ذلك عما ذكرناه من عدم جريان قاعدة الضرر فيها بل في مقابل دليل السلطنة.

وأما مايرىٰ من عدم جريان دليل السلطنة في موارد تزاحم الحقوق فيما لو استلزم تصرف أحد الشخصين في ما له نقص في مالية الغير عيناً او منفعة، فلايكون هو من جهة حكومة قاعدة نفي الضرر، بل انما هو من جهة قصور في أصل دليل السلطنة عن الشمول لمثل هذه التصرفات الموجبة للتصرف في مال الغير، لأن الحكم بثبوت السلطنة فيها انما هو بلحاظ اضافة المال اليهم لامطلقاً حتىٰ بالاضافة الى غيرهم.

و بعبارة أخرىٰ: ان معنىٰ سلطنة الناس على أموالهم انما هو ثبوت السلطنة لهم بالاضافة الى ما يخصهم من المال لا بالاضافة الى مال الغير، ولا ما اذا كان تصرف أحد الشخصين موجباً للتصرف في مال الغير، كالضرب بآلة التخريب المترتب عليه تخريب جدار الغير، فانه يخرج مثل هذا التصرف عن قضية السلطنة، فلا يعمه دليل يجوّز له ذلك ولو لم تكن في البين قاعدة الضرر أصلاً. ومعه كان للاخر السلطنة على حفظ جداره، فله منع تصرف ذلك الغير في ما له الموجب لتخريب جداره، من دون أن يزاحمه في ذلك الآخر ثبوت السلطنة في ذلك الآخر. فلو لم تكن قاعدة الضرر في البين كان دليل السلطنة قاصراً عن الشمول لمثل تلك التصرفات، فتبقىٰ سلطنة الآخر على حفظ ماله سليمة عن المزاحم مع السلطنة في الطرف المقابل.

ولازم ذلك في المقام هو اجبار الممتنع من القسمة لو استلزم ضرراً مالياً عليه،

....

حيث لايكون للآخر السلطنة على ابقاء الشركة، لمكان استلزامه التصرف في مال الغير بابقائه على نحو الاشاعة. فنفي سلطنة الآخر على الافراز سليمة عن المعارض والمزاحم، و مقتضاه هو السلطنة على الاجبار أيضاً، لمكان أن السلطنة على الشئ سلطنة على مقدماته وعلى ماهو من مقدماته. غاية الأمر انه لا بد من تدارك ذلك الضرر الوارد عليه بالجبران بدفع ما تضرر، فان كان مثلياً فمثلي وان كان قيمياً فقيمته بالأرش، لا أنه لايكون له السلطنة على الافراز بالمرة.

هذا بناءً على ما هوالحق من عدم جريان «لاضرر» في المقام، و عدم حكومة لاضرر في هذه الموارد من تزاصم الحقوق، و منها السطنة على الافراز.

و أما بناءً على جريان لاضرر في هذه الموارد و بناءً على حكومتها على قاعدة السلطنة و دليلها، فلايكون مقتضاها أيضاً عدم الاجبار، فان الضرر كما يرتفع بقاعدة السلطنة على الاجبار كذلك يرتفع بجبران النقص بدفع الضرر الوارد على الشريك. و معه لامجال لدعوىٰ نفى الاجبار كمالا يخفىٰ.

و ان شئت قلت: ان ترتب الضرر انما هو على مجموع الحكمين، أي السلطنة على الاجبار و عدم سلطنة الآخر على الاجبار برفع الضرر الوارد على الشريك الاخر و هو التفاوت، فبارتفاع أحد هما يرتفع الغرر، و معه لامجال لتعيين الأول.

لكن يمكن دفع الاشكال المذكور بالفرق بين المقام و ما هناك من الشجرة المغروسة في أرض الغير و الخشب المنصوب في بناء الغير، و هو الاحتياج الى تراضي الطرفين، دون ما هناك ، فان له تخليص ماله من مال الغير ولو مع عدم رضا صاحب الشجرة.

ففي مثل ذلك يقال: أن مقتضى دليل السلطنة -و ان كان هو سلطنة كل واحد من الشريكين على افراز ماله- لكنه في مورد مشروعية سبب التقسيم حيث لايكون لدليل السلطنة النظر الى مشروعية السبب

و هذا نظير السلطنة على البيع و غيره من التصرفات، من اقتضائها السلطنة على

(مسألة ٣٧)- اذا باع[١] العامل حصته من الربح بعد ظهوره، صح مع تحقق الشرائط مع معلومية المقدار وغيره. واذا حصل الخسران بعد هذا لايبطل البيع، بل يكون بمنزلة التلف، فيجب عليه جبره بدفع أقل الأمرين من مقدار قيمة ما باعه و مقدار الخسران.

البيع بعد الفراغ عن مشروعية السبب في الخارج بلانظر الى مشروعية السبب، فاذا كان من أسباب القسمة هو رضا الطرفين كان دليل نفي الضرر يخرج ذلك الرضا الصادر من الاجبار عن السبب للقسمة، فتبقى القسمة بلا سبب، و معه لامجال للاجبار أصلاً.

و هذا بخلاف ما هناك ، فانه لما اعتبر في تخليص كل من المالكين ماله عن الآخر رضا ذلك الآخر بالتخليص، كانت قضية السلطنة هي السلطنة على مقدماته بقلع الشجرة المغروسة في أرضه و حفر الأرض اذا كان المهاجم هو صاحب الغرس.

و كيف كان فقد رجعنا الى أصل المطلب، ففيما اذا كان المقسوم مثلياً أوقيمياً يجبر الممتنع مع عدم الضرر، ويسمى هذا القسم بقسمة الاجبار. و معه لايجبر بل يتوقف على رضا الطرفين ويسمى هذا القسم بالتراضي. و مثله مع عدم الاجبار لوكان التعديل يحتاج الى رد في مقابل ذلك الآخر المسمى بقسمة الرد.

كما لوكان بينهما داران أوحانوتان و لايمكن تقسيمهما الامع القيمة، لما في أحدهما الزيادة في القيمة، حيث لايكاد يصح التقسيم فيه الا بتراضيهما معاً، من جهة عدم كون القيمة من المال المشترك حتى يتوجه الاجبار، و فيه تكون مسألة السلطنة مقتضية للتراضي.

[١] في المسألة فروع لابد من التعرض لها:

الفرع الأول: من الواضح أن قاعدة السلطنة تقتضي أن يكون المالك مالكاً لرأس المال و الربح الحاصل من المال، ولكن في المضاربة حيث أنه أوجد العقد فبايجاده للعقد جعل الربح الحاصل للمال الذي كان للمالك أولاً و بالذات تلقائياً

....

جعل ذلك للعامل بواسطة عمله الحاصل و الربح الحاصل من هذا المال، فيكون العقد مقتضياً لتسليم مال المالك أولاً و بالذات في حوزة العامل بواسطة الربح الحاصل من هذا المال، و يكون العامل و المالك مالكين بصرف الظهور.

فان مسألة عقد المضاربة بعد أن كان المالك يملك رأس المال المقتضي لأن يملك الربح الحاصل من هذا المال، ولكن مسألة العقد تقتضي كون العامل يملك الربح الحاصل من هذا المال بصرف الظهور ولو لم يقسم ولم ينض، فمسألة العقد تنص على ذلك.

الفرع الثاني: اذا كان العامل أميناً و كان العقد مقتضياً لأن يملك العامل بصرف الظهور، فان تصرفات العامل في هذا الربح باختياره من اتلافه أو بيعه.

و هذا المعنى لابد من النظر في تحليله، فان من المسلم أنه يشترط في تحقق المضاربة أن يكون نقد و من النقدين، و لااشكال في كون العامل يتملك في الربح بالظهور. و معناه أن العامل و المالك يشتركان في الربح، فرأس المال بعد الظهور و أن كان يملكه العامل الا أن ملكيته للربح في حال اشتراك مع المالك، فلايجوز له التصرف إلاّ باذن شريكه.

و أما بيعه برأسه فلا اشكال أن تصرف أحد الشريكين في المال المشترك يكون فضولياً محتاجاً الى اجازة المالك الشريك، و هذا التصرف بعد أن كان العامل أميناً يوجب تفويت أمانية يده، و تفويت امانية يده يوجب أن يكون بتصرفه هذا غاصباً، فيبطل البيع و يبطل العقد. و هذا بخلاف التلف، حيث كان غير اختيارى بعد ظهور الربح، فان التلف يكون وارداً على الربح و رأس المال.

و نتيجته: ان يكون التلف على المالك و العامل و ينجبر بهما، و هذا بخلاف الاتلاف، حيث أن العامل لوأتلف الربح بعد ظهوره فلا يبطل العقد و لايكون خائناً، لأن في مورد الاتلاف يضمن المتلف ان كان قيمياً فقيمته و ان كان مثلياً فمثله، و لايكون العامل أيضاً خائناً كما اتضح. هذا.

....

و ان كلام الماتن انما يصح في التلف لا الا تلاف، و في المورد الذي يبيع حصته فيه انما يصدق في غير البيع الذي هو الا تلاف لا التلف.

و أما وجه ما ذهب اليه الماتن، فواضح حيث أن الدليل في صورة مخالفة العامل مع أمر المالك انما كان يختص بمخالفة أمر المالك الذي تقدم تفصيله، و أما في غير ذلك فان العقد باق، و قد تصرف العامل في حصته بعد الظهور، و قد كان مالكاً لحصته فباعه عن نفسه بمقدار حصته.

و نتيجته: أن يكون البيع صحيحاً غير متزلزل، و عند الخسران يرجع أحد الأمرين.

ولكن يمكن القول بأن كلام الماتن صدر عن غفلة، و ذلك لما تقدم منه من كون رأس المال لابد و أن يكون نقداً، و بالظهور يملك العامل كالمالك الربح الحاصل من هذا المال، و ملكيته تكون للعامل و المالك على نحو الاشتراك في رأس المال و الربح بالشركة المشاعة، فقهراً يكون تصرف العامل في الملك الماشع بدون رضاية الشريك الآخر موجباً لخيانته في تصرفانه. و التصرفات الموجودة في المقام توجب كونه بائعاً للمال المشترك بدون اذن الشريك، فيوجب ذلك خيانته بعد كونه أميناً، فيبطل البيع. بل يكون بيعه فضولياً حتى بعد الانضاض، بل يمكن الحكم ببطلان عقد المضاربة.

ولكن يمكن أن يقال: ان المفروض أن عقد المضاربة كان باقياً و وقع البيع بعد الظهور، و المفروض أن المضاربة كذلك باقية، بمعنى كون العامل مأذوناً باذن عام في التصرفات في المال بعد الظهور و قبله.

و من الواضح أن الاذن في المضاربة باق، ولكن الاذن فيها معناه هوالعمل على الأمر المتعلق بالاسترباح، فمن الواضح أن بيع العامل حصته حصل بعد ظهور الربح، و المفروض انه كان لنفسه لا لحيث المضاربه، بل العمل لأجل شي ء خاص، و قد كان العمل الاختصاصي غير مأذون فيه، فيكون عمله الموجود- أي

....

البيع لنفسه- خيانة في مال المضاربة. و على هذا الأمر لافرق كما ذكرنا و ان كان مأذوناً باذن عام مضاربي.

نعم لوباع حصته من الربح بعد ظهوره بما أنه من جملة عمله بالمضاربة كان كلام الماتن صحيحاً، بحيث لما كان اذن عام يشمل جميع التصرفات الصادرة من العامل التي منها البيع للربح بعد الظهور، فقهراً الا ان البيع بعد الظهور اذا كان للمضاربة كان كلامه صحيحاً، و ان خسر يرجع الى العامل بأقل الامرين و يكون كالتلف لا الاتلاف. و أما اذا لم يكن الأمر كذلك بحيث كان العامل بائعاً للمال بعد ظهور الربح لنفسه- أي قصد بهذا البيع حصة نفسه بعد الظهور- فان تصرفاته المتلفة للمال اختياراً تكون تصرفات في مال الغير بدون اذنه، لأنه تصرف في المال المشترك بالا شاعة فيكون غاصباً، فتكون تصرفاته فضولية. و لااشكال في هذا، بل يكون أصل العقد في بعض الفروع باطل

نعم لوكان مراد الماتن من البيع هو بيعه على حساب المضاربة ولو كان بعد الظهور و الانضاض، بحيث باع العامل بعد هذه الأمور لابحساب نفسه بل بحساب المضاربة التى كان له بها اذناً عاماً و ولياً في رأس المال، حيث أن العامل أتلف مال المضاربة بالبيع و بعد اتلافه كان هذا الأمر ناشئاً من اذنه العام في التصرف في مال المضاربة، فقهراً اذا خسر رأس المال يكون العامل ضامناً لأقل الأمرين، كما ذهب اليه الماتن.

ولكن هذا المعنىٰ لم يكن مورداً لنزاع. و لايقاس هذا بالتلف، لأن هذا التلف كان مقتضىٰ المضاربة، و ان أصل المضاربة يقتضي الاسترباح بالبيع و الشراء و التلف و الاتلاف لأجل الوصول الى الربح المعين بين العامل و المالك، فيكون مأذوناً في التلف و الاتلاف و هذا لايحتاج الى الظهور و باقي الشرائط.

و بهذا يمكن تصحيح كلام الماتن كما هو الظاهر، مع غض النظر عن التهافت في كلماته. و بهذا يمكن أن يكون البيع غير فضولي ولا متزلزل.

(مسألة ٣٨)- لااشكال فى أن الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح [١]، سواء كان سابقاً عليها أولا حقاً، مادامت المضاربة باقية لم يتم عملها.

نعم قد عرفت ماعن الشهيد من عدم جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق اذا اقتسماه، وان مقدار الربح من المقسوم تستقر ملكيته.

لكن الظاهر من المسألة هو الوجه الأول من كون العقد فضولياً كما اتضح.

[١] التعرض لهذه المسألة يقع ضمن أمور كالآتي:

الأمرالأول: في حد الخسارة التي تنجبر بالربح.

الأمرالثاني: ما اذا كان تلف بعض المال لا كلاً من قبل العامل.

الأمر الثالث: ما اذاكان المتلف لبعض المال هو المالك.

الأمرالرابع: ما اذا تلف رأس المال كله بآفة سماوية.

الأمرالخامس: ما اذا تلف بعض رأس المال بآفة سماوية.

وفي كل هذه الأمور اذا كان التلف أو الاتلاف بعد الشروع في التجارة أو قبله. وعلى كلا التقديرين تارة يكون التلف أو الاتلاف قبل القسمة والظهور والانضاض و أخرىٰ يكون بعدها. وعلى جميع التقادير تارة يكون التالف هوالكل و أخرى يكون التالف بعضه. وفي كل هذه الصور تارة يكون تلفاً و أخرى يكون اتلافاً. فهذه مسائل لابد من التعرض لها ضمن فروع:

الفرع الأول: ان طبيعة عقد المضاربة تقتضي أن يكون رأس المال على حاله والربح بينهما، ولهذا يعتبر أن يكون رأس المال نقداً لا عروضاً. ومن الواضح أن رأس المال يكون للمالك و تكون يد العامل على المال يد أمانية و تكون ضامنة للمال، بمعنىٰ أن طبيعة عقد المضاربة تقتضي أن يكون المال محفوظاً للمالك و يكون راجعاً اليه بما هو عليه، ولكن كونها يد أمانية لا تمنعه من التصرف في المال و الاسترباح به، والنفع العائد منه يملكه العامل بمجرد الظهور، فرأس المال مضمون بالربح العائد من رأس المال الذي يملكه العامل بمجرد الظهور.

وأما التلف فاما أن يكون بعد الدوران في التجارة أو بعد الشروع فيها أو قبله. ثم اما أن يكون التالف البعض أو الكل. وأيضاً اما أن يكون بآفة من الله سماوية أو أرضية أو باتلاف المالك أو العامل أو الأجنبي على وجه الضمان. فان بعد الدوران في التجارة فالظاهر جبره بالربح ولو كان لاحقاً مطلقاً، سواء كان التالف البعض أو الكل، كان التلف بآفة أو باتلاف ضامن من العامل أو الأجنبي.

وعلى هذا يكون العامل ملزماً بارجاع رأس المال الى المالك من جهة النفع العائد له. و هذا معنىٰ كون رأس المال مضموناً.

ومن هنا قام الاجماع على أن يكون رأس المال نقداً، فان العامل لما كان مشتركاً بالاشاعة في الربح فان رأس المال مضمون من طرف العامل، و كونه أميناً في رأس المال يعني ضمانه له.

الفرع الثاني: اذا تلف المال من قبل العامل قبل شروعه في التجارة، بمعنىٰ أن رأس المال قبل دفعه الى العامل كان مقدراً قبل العقد، فتكون يد العامل عليه حين الدفع يد ضمان ثم أجري عقد المضاربة، فان اليد الأولىٰ المسيطرة على المال كانت يد ضمان لجميعه، فان تلف هذا المال ولو بعضه يضمن.

وأما اذا أجرىٰ العقد قبل أن يدفع اليه المال، فان المالك عقد المضاربة مع العامل بكون هذا المال مضاربة عنده ثم دفع اليه المال، فدفع المال اليه بمقتضىٰ المضاربة قبل أن يعمل بالمال كان لأجل الاسترباح، فتكون يد العامل على المال يد ضمان مادام لم يعمل به، لأن الاستيفاء العام و الاذن العام الذي يكون من قبل المالك انما يكون لأجل الاسترباح، فما دام المال في يد العامل ولم يعمل به لأجل الاسترباح كانت يده يداً ضمانية. فقاعدة «على اليد» تكون شاملة له وان الخسارة الطارئة على هذا المال موجبة لضمانه. هذا اذا فقد بعض المال، فان قاعدة على اليد شاملة للعامل في الفرعين.

الفرع الثالث: بعد انعقاد المضاربة واعطاء المال الى العامل ليعمل به

و دعوىٰ: أن مع الضمان كأنه لم يتلف لأنه في ذمة الضامن. كماترىٰ.

نعم لو أخذ العوض يكون من جملة المال. بل الأقوىٰ ذلك اذا كان بعد الشروع في التجارة.

وان كان التالف الكل، كما اذا اشترىٰ في الذمة و تلف المال قبل دفعه الى البايع فأداه المالك أوباع العامل المبيع و ربح فأدىٰ.

للاسترباح و بعد عمله به، فانه يبقىٰ المال مال المالك. واذا تلف بعضه جعل ماتبقىٰ رأس ماله، و يكون الربح المستوفىٰ من المال باستثناء التالف، ولايكون أي أحد ضامناً لما تلف، لأنه تلف مال نفسه.

الفرع الرابع: لوكان التلف بآفة سماوية لامن قبل العامل فان كان التالف بعض رأس المال فان ذلك ينجبر بالربح الموجود في البعض الآخر، لأن المال كان أمانة عند العامل ولم يكن التلف بتفريط من العامل، فيكون منجبراً من الربح الحاصل في المقدار الموجود. وهذا لا اشكال فيه.

الفرع الخامس: لوتلف المال كله قبل الاسترباح والعمل عند العامل بحيث لم يبق شئ عنده، وكان التلف باتلاف منه وقلنا بأنه يكون ضامناً لرأس المال لأنه أمانة، ولكن حيث أنه أمانة لايضمن بدون التعدي والتفريط. الا أن يقال: بان المال عند العامل أمانة، فدليل أمانية اليد لوكان مخصصاً لقاعدة اليد كان الأمر موجباً لمورد تخلف العامل تخلفه عن مصلحة الربح، موجباً للتمسك بعموم اليد عن كون العامل ضامناً لرأس المال.

وأما اذا قلنا -كما هو الحق- ان قاعدة اليد تقتضي الضمان في الأيادي جميعاً، ولكن عموم ان اليد الأمينة لكونها أمينة ترفع الضمان واقتضاءه، فلابد من ملاحظة عموم دليل المضاربة، فانه لما كان دليل المضاربة هو التفويض المطلق من قبل المالك في قبال الربح الحاصل من هذا المال -بحيث لو لم يكن الربح في المال المعطىٰ الى العامل لم يكن هذا التفويض -فالمال مفوض فيه بهذه

كما أن الأقوىٰ في تلف البعض الجبر وان كان قبل الشروع أيضاً، كما اذا سرق في أثناء السفر قبل أن يشرع في التجارة، أوفي البلد أيضاً قبل أن يسافر.

وأما اذا تلف الكل قبل الشروع في التجارة فالظاهر أنه موجب لانفساخ العقد، اذ لايبقىٰ معه مال للتجارة حتىٰ يجبر أولا يجبر. نعم اذا أتلفه أجنبي وأدى عوضه تكون المضاربة باقية، وكذا اذا أتلفه العامل.

المزية، فلو انتفىٰ الربح باعطاء هذا المال لايكون التفويض باقياً.

و بعبارة أخرى: لوقلنا مثلاً بأن النهي من قبل المالك يقتضي انصراف المالك عن تفويضه فتكون المعاملات الواقعة فضولية.

وعلى هذا فيكون المال مال المالك بصرف النظر عن التفويض وكان العامل ضامناً له، فاذا تلف قبل أن يتصرف فيه العامل وكان بيده يكون ضامناً للمالك، فتكون قاعدة الأمين مانعة عن ضمان المال لوكان الأمين باقياً على أمانته، وأمانته انما تقتضي التصرف في المال بنحو التفويض المطلق الذي كان مفاد عقد المضاربة. وأما اذا اقتضى فقدان المال كله فلايكون مايراد منه التفويض خارجاً موضوعاً، فيكون العامل ضامناً لرأس المال.

ويمكن التعبير عن ذلك بأن المال مال المالك وقد فوضه الى العامل لأجل الاسترباح، فان استربح فالربح لهما نصفين، وان فقد في يد العامل يكون ضامناً لرأس المال. وهذا اذا كان التالف رأس المال كله في غير الآفة السماوية.

الفرع السادس: اذا كان التالف جميع المال بعد قبضه في يد العامل وكان التلف بآفة سماوية، فالعامل غير ضامن للمال، لأنه أمين وكان التلف بدون تعدي منه ولا تفريط. فان أمانية يده محفوظة الا أن العقد يكون منتفياً بانتفاء موضوعه وهو تلف المال. وفي هذا الفرع والفرع السابق يكون العقد باطلاً حيث لايكون محلاً لبقاء العقد فيهما.

....

الفرع السابع: اذا تلف المال في يد العامل بعد القبض من المالك والتجارة فيه وظهور الربح والانضاض قبل الفسخ لعقد المضاربة، فلا اشكال أن العامل والمالك يملكان الربح بالظهور والانضاض، فيكون المقدار المتسالم فيه. كما أن الربح المتسالم فيه عند العامل وهو أمين للمالك في ربحه، فاذا تلف المال عنده لايضمنه ان لم يكن تعد وتفريط، اذ ليس للمالك الا الربح المتسالم فيه، والمفروض حصوله في يد العامل أمانة، فاذا تلف بالمتلف السماوي يكون الضرر على رأس المال وضامناً للربح فقط، لأن التلف وقع قبل الفسخ.

الفرع الثامن: اذا نض الثمن بعد الظهور ولم يقع الفسخ وتلف المال كله، فان الربح بعدالظهور يكون للمالك والعامل وان يد العامل على رأس المال يد أمانية، فان كان التلف بآفة سماوية لايضمن، وان كان بتفريط منه يضمن رأس المال والربح الذي كان المالك شريكاً فيه.

الفرع التاسع: اذا تلف رأس المال أو الربح كله -بحيث لم يبق من المال شيء- فهل العقد يبقىٰ على حاله أم لا؟

فان المال لوتلف كله: فتارة يكون ذلك حين العمل، وتارة قبل العمل، وتارة من المالك، وأخرىٰ من العامل، وتارة من الأجنبي. فاذا تلف كله من قبل العامل بتفريط منه فانه ضامن لرأس المال والربح بأجمعه ويكون العقد باطلاً لتفريطه، فلايكون له الربح المسمىٰ، لأجل أن التفريط أوجب كونه غير أمين، فلايكون له الاختيار التام الذي كان مفاد عقد المضاربة. وحيث أن تلف المال بعد وجود الربح فيكون «على اليد» شاملاً له ويكون ضامناً للربح و رأس المال.

ولايمكن أن يقال: بأن العقد باق على حاله، لأن العامل بعد أن كان أميناً وضمن المال بالتعدي والتفريط، فان «على اليد» انقلب الى يد ضمان، وانقلابه لايصح، فيكون ضامناً للمال، فلا يصح أن تكون يده أمانية والعقد الذي بنىٰ على الأمانة باطل، فيرجع المالك لأخذ المال برأسه و ربحه من العامل، و ذلك لبطلان

....

موضوعه.

وأما اذا كان التلف من قبل المالك لرأس المال و الربح الذي أوجده العامل بعد الظهور والانضاض، فلا يضمنه المالك، لأن يده على المال يد أمانية، ولأنه على رأي من يقول بأن الانضاض يوجب تمليك الطرفين من الربح - كل على المقدار المتوافق عليه- فان المال برأسه و ربحه يكون عند المالك، والمفروض تلفه بيد المالك بآفة سماوية، فقهراً لايكون المالك ضامناً للربح العائد الى العامل، لأنه أمين في تصرفاته.

وأما اذا أتلفه بعد الانضاض، فان الا تلاف يوجب أن يكون ضامناً للربح العائد الى العامل، لأن الا تلاف هنا يؤخذ فيه أشق الأحوال حيث أتلف مال غيره.

وأما اذا أتلف المالك المال بعد القسمة و قبل الفسخ، فان اتلاف المال قبل الفسخ و بعد القسمة انما يقع على مال المالك والعامل حيث عمل في المال واستربح يكون مالكاً للربح، و يد المالك هنا لا تكون يد عادية، ولم يكن الا تلاف الوارد على المال بتعد و تفريط بل بآفة سماوية، فالعامل يملك الربح بعد الظهور والانضاض.

وأما اذا أتلف المالك رأس المال والربح بعد الانضاض قبل الفسخ ولم يكن بآفة سماوية بل بالتعدي والتفريط كان ضامناً كما تقدم فيما قبل الفسخ.

وأما اذا كان رأس المال والربح بيد العامل واقتسما الربح الحاصل منه ولكن بعد أن كان الثمن ناضاً كان الموضوع منتفياً، فلامجال للتدارك ، فيبطل العقد، فان كان في يد العامل فان في جهة الآفة السماوية لايضمن وجهة التعدي يضمن كما تقدم.

وان تلف الربح دون رأس المال والمفروض أن الشرائط واجدة له دون الفسخ، فان المال مال المالك، والقاعدة تقتضي كون الربح للعامل لايجاب العقد الاختيار التام للعامل، فانه مفوض فيما اذا حصل الربح أن يكون له مقدار منه.

....

وعلى هذا فان حصل هذا الربح بالظهور والانضاض ولكن لم يقع الفسخ كان المقتضي بقاء العقد لأجل أن يوفي الربح الذي يكون للمالك من هذا المال ولا يبطل العقد، فان الضمان الذي كان وارداً على رأس المال محفوظ بهذه المرتبة، فيجب على العامل العمل بهذا المال لأجل حصول الربح الذي كان للمالك على حسب التوافق بينهما. وهكذا اذا حصل الانضاض بعد الظهور وكان المال كله عند العامل وحصل التلف لرأس المال دون الربح، والمفروض أنهما اقتسما الربح ولكن أصل العقد باق على حاله وتلف رأس المال، فيكون للعامل الالتزام بتحصيل رأس المال واعطائه الى المالك. وفي هذا يكون الربح المقتسم بينه و بين المالك أيضاً واجداً لهذه المزية ولا يختص بربح نفسه، فيرد المالك حصته المأخوذة من الربح للعامل لاستيفاء رأس المال منه واسترداد الباقي اليه.

ومن هنا تعرف أنه متى لم يحصل الفسخ سواء كان ناضاً أو كان الربح ظاهراً ولم يقع الفسخ كان الربح وقاية لرأس المال، فمادام عنوان المضاربة باقياً لابد وأن يحفظ رأس المال، و مادام العقد لم ينفسخ يكون رأس المال محفوظاً، سواء اتجر به أولم يتجر به.

الفرع العاشر: اذا أتلف متلف خارجي رأس المال والربح الحاصل من هذا المال ففيه صور:

الصورة الأولى: ان عقد المضاربة يكون باقياً أو يبطل بالاتلاف لانتفاء موضوعه؟

الصورة الثانية: وعلى كل تقدير فهل يجب على العامل السعي الى دفع رأس المال والربح المفقود في المقام الى المالك أم لا؟

(أما الصورة الأولى) فلا اشكال أن بالاتلاف لرأس المال والربح من ناحية الأجنبي يوجب ضمان الأجنبي لرأس المال والربح المفقود في المقام.

وفي هذه الصورة قال الماتن: ان بعد اعدام رأس المال لايبقى مجال لبقاء

....

العقد بعد ارتفاع موضوعه، لأنه منتف بانتفاء الموضوع، فلا يبقىٰ مجال لبقاء العقد.

ولكنه توهم فاسد، فان الأجنبي بعد أن أتلف مال الغير فان اتلافه يوجب أن يستقر ما استولت يده عليه ويكون ضامناً له، ويكون ما استولىٰ عليه ثابتاً في ذمته، و ثبوته في ذمته معناه أن العرف لايرىٰ الثبوت الا اذا ما كان اليد وارداً عليه أن يكون على العهدة.

وعلى هذا فيكون كل ما أتلفه باق في الخارج، و بعد بقائه الخارجي لامجال للقول بانتفاء الموضوع، لأن الموضوع باق فعلاً في الخارج، فان كلام الماتن انما يصح لوقلنا بأن رأس المال بتلف الأجنبي اياه يوجب أن يكون الموضوع منتفياً و بانتفائه لامجال لبقاء العقد.

وأما اذا كان العرف يرىٰ في اتلاف الاجنبي بقاء رأس المال -ولو كان في ذمة المتلف- فيكون رأس المال باقياً بعنوان المثال أو القيمة، فلامجال للقول ببطلان العقد. والقول ببطلانه كما ترىٰ فيكون العقد باقياً و يرجع على المتلف بالقيمة أو المثل.

وكذلك المالك لو أتلف المال بتعد و تفريط وكان مجموعاً من الربح و رأس المال، حيث أن رأس المال لما رجعا اليه لامعنىٰ لضمانه و لكنه يضمن الربح الحاصل منه بمقدار حصة العامل، فانه يكون التلف من المالك بمنزلة الاستيفاء، فيستقر الربح بينهما كما هو واضح. و بعد كون اتلاف العامل لجميع المال من الأصل والربح هل يبقىٰ العقد على منواله أولا؟

فأما في صورة اتلاف العامل فقد قلنا بأنه في فرض الخيانه لايبقىٰ العقد على منواله كما تقدم.

وأما اذا كان المتلف هو المالكِ وكان بعد ظهور الربح فان العامل قد ملك الربح وكان التلف وارداً على مال الغير، فانه يضمن ربح المسمىٰ، وأما رأس المال فيكون اتلافه من قبله استيفاءً له بعد أن كان العقد جائزاً، فيكون كما لو

(مسألة ٣٩)- العامل[١] أمين، فلا يضمن الا بالخيانة. كما لو أكل بعض مال المضاربة، أو اشترىٰ شيئاً لنفسه فأدى الثمن من ذلك، أو وطئ الجارية المشتراة، أو نحو ذلك، أو التفريط بترك الحفظ أو التعدى، بأن خالف ما أمره به أونهاه عنه، كما لوسافر مع نهيه عنه أو عدم اذنه بالسفر، أو اشترىٰ مانهىٰ عن شرائه، أو ترك شراء ما أمره به. فانه يصير بذلك ضامناً للمال لوتلف ولو بآفة سماوية وان بقيت المضاربة كمامر. والظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك أيضاً.

استرجع رأس المال، فلا يبقىٰ للعامل رأس مال يكون مورداً لبقاء العقد، ولايكون ضامناً حتى بضمانه يحكم بأن فيه يوجب أن يكون العقد باقياً بما هو موجود.

وعلى هذا فلم يكن مورداً للاستمرار في العقد. وهذا بخلاف اتلاف الأجنبي له، حيث يكون بضمانه بقاء العقد وليس منتفياً بانتفاء الموضوع.

[١] في بيان هذه المسألة نتعرض لفروع كالآتي:

الفرع الأول: لقد دل الاجماع الذي لاخلاف فيه على أن العامل أمين، مضافاً الى الروايات الواردة في باب ٣ من ابواب المضاربة من الوسائل. وقد أوضحت بعض الروايات الواردة القاعدة التي ذكرناها في المسائل المتقدمة التي توضح كيفية عدم الضمان في الأيادي الأمانية و كيفية كونها أمانية. فراجع، خصوصاً الرواية الواردة عن الكاهلي.

الفرع الثاني: ان العامل المضارب بعد أن كان أميناً فلايضمن الا بالتعدي والتفريط في أمانته.

الفرع الثالث: في الفرق بين التعدي والتفريط والخيانة، فانه لاشكال بأن الخيانة عنوان عام يكون شاملاً للتعدي والتفريط، و شمولها لهما بمعنىٰ أن الخيانة انما تكون فيما لايلائم التصرف في مال الغير و بغير ما أراده المالك، و تشمل بتغيير مصير ما آمنه فيه بأي نحو من التغيير، فتكون عنواناً عاماً وتكون الجزئيات

واذا رجع عن تعديه أو خيانته فهل يبقى الضمان اولا؟ وجهان، مقتضى الاستصحاب بقاؤه، كما ذكروا في باب الوديعة أنه لو أخرجها الودعي عن الحرز بقي الضمان وان ردها بعد ذلك اليه. ولكن لايخلو عن اشكال، لأن المفروض بقاء الاذن وارتفاع سبب الضمان.

مصاديقاً لذلك العنوان العام. ولايكون هذا العنوان مبايناً للعنوانين الآخرين، بل التباين بينهما يكون في الاطلاق والتفصيل، وذلك لأن الخيانة: تارة تحصل ولم توجب انصراف المالك عن مراده وانها تتحقق من العامل لكن توجب تغيير مصير المالك عن سيره الأصلي، فالخيانة في الجميع خيانة ولكن الفرق بينهما أشد أو أخف في بعضها، فتكون للخيانة مراتب تشكيكية، فالتعدي والتفريط لايباين الخيانة وانما يكون التعبير عن بعض مراتبها بالتفريط و بعضها الآخر بالتعدي، وفي الجميع خيانة ولكن باختلاف المراتب كما يلاحظ من استقصاء مواردها.

الفرع الرابع: لو أكل بعض مال المضاربة، فانه يكون خيانة اذا كان قبل الاشتغال بالاسترباح، وأما اذا استربح وأكل من مال المضاربة بما أنه من ربحه لايعد خيانة إلا من جهة التصرف في المال المشترك على نحو الاشاعة.

ومن الواضح أن الفسخ لم يتحقق وانما يكون العامل تام الاختيار في رأس المال لأجل حصول الربح. ولكن هذه الجهة لادخل لها في حصوله، والاختيار التام يقتضي جواز التصرف في المال، بحيث أن العامل لاينافي أكله بعد الظهور والانضاض من أن يتملك بمقدار اكله، فيكون هذا المقدار مستثنى من ربحه، فلايعد خيانة لأنه تصرف في ماله.

وعلى هذا يكون له مع وجود العقد أن يقسم الربح فيأخذ من الربح مايملكه.

نعم لولم يربح بالظهور والانضاض كان تصرفه في مال المالك تعدٍ عليه، و حينئذٍ يكون سقوط يده في هذا المال لأجل كون يده غير أمانية، ويكون موجباً للضمان في رأس المال والربح الحاصل من هذا المال.

وأما بطلان العقد فذلك لابد من النظر فيه، من حيث أن المالك أوجب

ولو اقتضت المصلحة بيع الجنس في زمان ولم يبع ضمن الوديعة ان حصلت بعد ذلك، وهل يضمن بنية الخيانة مع عدم فعلها؟ وجهان، من عدم كون مجرّد النية خيانة، ومن صيرورة يده حال النية بمنزلة يد الغاصب. ويمكن الفرق بين العزم عليها فعلاً وبين العزم على أن يخون بعد ذلك.

الاختيار التام في هذا المال، فتنافي تصرفاته المربوطة بجميعه أم لا؟ وذلك لأن المال المعطىٰ الى العامل انما يكون للاسترباح، وأما أكله قبل الاسترباح فلايكون مورد نظر المالك، وأكله على هذه المثابة يجعل التفويض التام غير شامل له، وبعد عدم شموله تكون التصرفات غير نافذة، فيكون العقد باطلاً ويكون جميع تصرفاته فضولية محتاجة الى الاجازة كما هو واضح.

الفرع الخامس: لا اشكال أن تصرف أحد الشريكين في الجارية المشتراة شركة بدون رضاية الشريك الآخر جائز. وأما العامل فان المال المعطىٰ له للتجارة والاسترباح وتفويض المال اليه لهذا الغرض، فاذا وطئ الجارية -حيث لايكون فيه استيفاء للغرض المقصود في اعطاء المال- كان تعدياً على ما أريد منه، فيكون هذا التعدي موجباً للخيانة في مال المالك. وكون هذا التعدي مفوتاً للغرض المفوض اليه بالمال كان موجباً لرجوع المالك عن تفويضه المطلق الذي كان مفاد عقد المضاربة، فيكون ضامناً لرأس المال والربح الحاصل من هذا المال، ويكون فضولياً وغير أمين في هذه المعاملة، وتكون تصرفاته غصباً. وهذا هو التعدي الراجع الى التعدي عماجرىٰ عليه العقد والتفويض المعطىٰ من المالك الى العامل.

الفرع السادس: في ترك الحفظ، بأن يفرط العامل في ترك الحفظ لرأس المال أو هو مع الربح الحاصل منه، فذلك تفريط وليس بتعد عن الاختيار الذي فوض اليه بالمال، بل تفريط عن مورد الأمر، وهو لايوجب كونه خلاف الأمانة. و بهذا يضمن المال ولكن لايوجب فضولية العقد، لأن التفريط بعد أن صدر من العامل ما أمر بحفظه، و ترك الحفظ يوجب كون على اليد رافعاً للمزاحمة لكونه

....

أميناً، فيضمن ولكن يكون العقد على منواله من كون الربح بينهما، ولعدم كون العامل أميناً فيده تكون ضامنه للمال لوتلف حتى الربح الحاصل من المال. فهذا مصير التفريط.

وهذا بخلاف التعدي، حيث أن التعدي يوجب في بعض الموارد رجوع المالك عن التفويض المطلق الذي كان مستفاداً من عقد المضاربة، فيكون مصير التفريط عدم بطلان العقد، وهو بخلاف التعدي، حيث يوجب بطلان العقد في بعض الموارد كما قدمناه مفصلاً.

الفرع السابع: التعدي أيضاً يمكن بعصيان ما أمر به المالك، فان العامل لوخالف ما أمر به المالك - كما اذا أمر بعدم شراء شئ معين فخالفه أو أمر بعدم السفر وخالف فسافر- فان هذه الموارد لما كانت في المضاربة المراد بها الاسترباح وكان السفر موجباً للربح، فلايكون عصيان الأمر موجباً للخيانة التي توجب انثلام التفويض العام الذي فوضه به المالك.

و بعبارة أخرىٰ: الأمر بالشئ لايقتضي النهي عن ضده، ولكن لمكان مخالفة أمر المولى يكون العامل ضامناً للمال، ولكن من حيث المخالفة يخرج عن كونه أميناً.

وعلى هذا يضمن المال، أي رأس المال والربح الموجود فيه بمقدار حصة المالك، ولكن لايبطل العقد. والوجه هوما قلناه، فيكون الربح بينهما والخسارة من الربح.

الفرع الثامن: اذا نهىٰ المالك وخالف العامل، فان النهي يكون موجباً لكونه منصرفاً عن التفويض المطلق الذي كان مفاد عقد المضاربة، و بعصيانه للنهي يسقط التفويض المنبعث من العقد، فيكون غاصباً و تصرفاته فضولية، فيحتاج فيه الى الاجازة.

وأما صورة ضمانه لرأس المال والربح الحاصل منه فيرجع الىٰ المالك بأجمعه

....

و يحتاج في تصرفاته الى الاجازة، و ذلك شأن الرجوع عن التفويض المطلق الذي كان مفاد عقد المضاربة. وهذا بخلاف مخالفته للنهي بعد أن لم يكن الأمر بالشئ مقتضياً للنهي عن ضده، فلايوجب بطلان التفويض المطلق كمامر.

الفرع التاسع: ما اذا سافر مع نهي المالك، فان النهي يكون موجباً لانصراف المالك عن التفويض التام في التصرف في مال المضاربة و يكون العامل متعدياً، فان الأصحاب استفادوا من نهي المالك عن السفر التعييني رجوعه عن الاذن العام الذي كان مفاد عقد المضاربة، حيث أن مفاد هذا النهي عند عصيانه بمنزلة فسخه للمضاربة وكون المضاربة فضولية. وهذا بخلاف عصيان الأمر، حيث أن عصيانه لما لم يكن الأمر بالشئ مقتضياً للنهي عن ضده فان مع عصيان الأمر يكون خائناً لمخالفته أمر المالك. وأما في عدم كونه مقتضياً للنهي عن الضد، فلا تكون مخالفته صريحة في رجوعه عن التفويض التام، بل باعتبار أن مع عصيان الأمر لايعني انهدام الأمر الوضعي بينهما.

الفرع العاشر: مع عدم الاذن في السفر تقدم في محله أن الاطلاق يقتضي الاذن، وتكون الممنوعية عن الاطلاق المقتضي للاذن محتاجه الى القرينة. وأما اذا اطلق فمعناه يكون له التصرف المربح للمال، سواء احتاج الى السفر أم لا. فيكون عدم جواز السفر محتاجاً الى الأمر أو النهي، فعدم الاذن خارج عن مورد البحث بالتقريب المتقدم في انكارنا لانقلاب النسبة.

الفرع الحادي عشر: لوسافر مع نهي المالك فقد تقدم امره، وان مع مخالفته للنهي يكون ضامناً للمال والربح الحاصل من المال، مضافاً الى ايجابه فضولية العقد كما تقدم. وهكذا عصيان النهي باشتراء شئ من المالك، ويكون العامل في جميع هذه الأمور غاصباً و يضمن رأس المال والربح الحاصل منه، ويكون بأجمعه راجعاً الى المالك في مورد النهي. وأما في مورد الأمر فيكون العقد صحيحاً ولكنه ضامن للمال ولوكان التلف بآفة سماوية، لأن اليد يد ضمان كيد الغاصب.

....

و بهذا المعنىٰ يمكن أن يقال: انه في صورة مخالفته للأمر و عصيانه للنهي يكون ضامناً للمال حتى الخسارة بالقيمة السوقية، و ذلك واضح بعد أن لم تكن اليد أمانية، فكل وضيعة تعرض على المال ولو كانت بآفة سماوية توجب ضمانه حتى في مثل انخفاض القيمة السوقية، و ذلك لاطلاق كونها على العامل مع مخالفة الأمر والنهي، حيث أن هذا الاطلاق يحكم بأن كلماوردعلى المال مع الانخفاض لقيمته يكون على العامل، فبهذا الاطلاق نحكم بكونه على العامل.

ومن الواضح أن الوضيعه تكون في سياق الربح معنى عام يشمل لما لوكانت الوضيعة السوقية، كما أن الربح عام يشمل ذلك، ولا اختصاص بما يشمل الوضيعه الحاصلة من عصيان الأمر أو النهي، بل يشمل كل وضيعة حتى مثل نزول القيمة السوقية، حيث يعلم من هذا الاطلاق ضمانه للوضيعة ولو لم يكن من جهة العصيان.

الفرع الثاني عشر: قد تقدم أن كبرىٰ «على اليد» تكون حاكمة بأن جميع الأيادي موجبة للضمان و تكون الأمانية مانعة عنه، فهذه الأمانية في كل مورد تحققت شرائطها تؤثر أثرها الى الأداء للمالك وفي المورد، وان رجع عن خيانته لم تحصل الغاية (حتى تؤدي) الاّ أن يكون هناك تنزيل يجعل يد المضارب منزلاً منزلة يد المالك، والمفروض فقده في المقام. وعلى هذا فيكون ضامناً ولو رجع عن كونه ضامناً بالاذن، وان كان الاستصحاب أيضاً جارياً الا أن المقام مقام عمومات اليد كما ذكرنا.

الفرع الثالث عشر: لا اشكال أن حقيقة المضاربة تكون لاسترباح العامل بهذا المال. وهذا مما لا اشكال فيه، فاذا اتجر بالمال أو اشترى شيئاً وأراد بيعه لأجل ربحه ولم يبعه وانخفضت قيمته السوقية، فهل يضمن الوضيعة لعدم بيعه - و ذلك لأن المضاربة والمال المضارب فيه انما فوض الى العامل للاسترباح و على العامل ملاحظة الربح الحاصل من هذا المال، فلوفرط العامل في الجهة الجالبة للاسترباح فهذا التفريط يكون خلاف أمر المالك المضارب.

(مسألة ٤٠)- لايجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربة لأنه ماله. نعم اذا ظهر الربح يجوز له أن يشتري حصة العامل منه مع معلومية قدرها، ولايبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك، فانه بمنزلة التلف ويجب على العامل رد قيمتها لجبر الخسارة، كما لوباعها من غير المالك.

وعلى هذا تكون الوضيعة الحاصلة من عدم البيع مخالفة لأمر المالك، فيشمله دليل ان مع المخالفة تكون الوضيعة على العامل.

الفرع الرابع عشر: لا اشكال في أن العامل ضامن لرأس المال والربح والوضيعة على الربح الحاصلة من تخلف العامل لأمره أونهيه، وهل يضمن بنية الخيانة و عدم كونه خائناً فعلاً؟

فنقول: ان الظاهر لنا مقامان مقام ثبوت و مقام اثبات:

أما مقام الثبوت: فان من الواضح أن نية الخيانة معناها أنه ينوي وضع اليد على مال الغير، وان وضع اليد العدوانية على مال الغير يكون غصباً، وأما النية من دون وضع اليد فلايكون غصباً، والمفروض عدمه ولكن يريد غصبه بعد ذلك. ولا فرق بين نية الغصب فعلاً أو مستقبلاً ما لم يكن قد تحقق الاستيلاء على مال الغير، لعدم صدق الاستيلاء في كلتا الحالتين.

وأما مقام الاثبات: فان العرف انما يرى الغصب بالاستيلاء واستقلال اليد على مال الغير عدواناً، سواء كان ناوياً ذلك من قبل أو لم يكن ناوياً. وعليه فالاستيلاء على مال الغير لايكون بالقصد و عدمه، بل بتحققه خارجاً و فعلاً، فاذا قصد الاستيلاء ولم يتحقق في الخارج لايكون غصباً، بل الاستيلاء يكون في الرتبة المتأخرة عنه لأنه علته.

ومن الواضح: انه لايمكن أن يكون القصد غصباً الا اذا ترتب عليه الاستيلاء، وان غصبية الغصب مع عدم الاستيلاء خارجاً يكون من قبيل تأثير المعلول في علته، وهو من المحالات.

وأما العامل فيجوز أن يشتري من المالك قبل ظهور الربح بل و بعده، لكن يبطل الشراء بمقدار حصته من المبيع، لأنه ماله[١].

نعم لو اشترى منه قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته بحيث يكون الربح حاصلاً بهذا الشراء، يمكن الاشكال فيه، حيث أن بعض الثمن حينئذٍ يرجع اليه من جهة كونه ربحاً، فيلزم من نقله الى البائع عدم نقله من حيث عوده الى نفسه.

ويمكن دفعه: بأن كونه ربحاً متأخر عن صيرورته للبائع، فيصير أولاً للبائع الذي هو المالك من جهة كونه ثمناً، و بعد أن تمت المعاملة وصار ملكاً للبائع و صدق كونه ربحاً يرجع الى المشتري الذي هو العامل على حسب قرار المضاربة، فملكية البائع متقدمة طبعاً.

---

[١] يبتني في مثل المقام على فروع لابد من التعرض لها:

الفرع الأول: قبل العمل في المال والاسترباح لايجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئاً، لأنه ماله كما ذكر في المتن. وهذا ممالا اشكال فيه.

الفرع الثاني: اذا ظهر الربح يجوز للمالك شراء حصة العامل منه، ولا يبطل بيعه بحصول الخسارة، لأن عقد البيع لم يكن مشروطاً بشئ وكان منجزاً. وقد ذكرنا في المسألة(٣٧) تفصيله. ويكون بمنزلة الاتلاف لا التلف؛ ولكن للعامل بيع حصة نفسه بعد الظهور والانضاض والاتلاف بالضمان، فاذا خسر فقد تقدم تفصيله.

الفرع الثالث: يجوز للعامل اشتراء السلعة من أموال المضارب قبل الاسترباح والظهور، لأنه يكون للمالك، ولأن العامل يكون أجنبياً عن المال قبل الظهور كماهو واضح، فانه وان كان قد ربح في هذه المضاربة الا أنه قبل ظهوره يكون الربح للمالك بقاعدة التبعية و بالظهور يملك العامل وان كان الربح موجوداً فيه واقعاً، و تستقر الملكية بالظهور، ولايكون مالكاً بحيث يكون شريكاً مع المالك في الربح.

الفرع الرابع: اذا اشترى العامل من المالك بعد ظهور الربح واستقراره فهل يصح

وهذا مثل ما اذا باع العامل مال المضاربة الذي هو مال المالك من أجنبي بأزيد من قيمته، فان المبيع ينتقل من المالك والثمن يكون مشتركاً بينه و بين العامل. ولابأس به، فانه من الأول يصير ملكاً للمالك ثم يصير بمقدار حصة العامل منه له بمقتضىٰ قرار المضاربة.

لكن هذا على ماهو المشهور من أن مقتضىٰ المعاوضة دخول المعوض في ملك من خرج عنه العوض وانه لايعقل غيره، وأما على ماهو الأقوى من عدم المانع من كون المعوض لشخص والعوض داخل في ملك غيره وانه لاينافي حقيقة المعاوضة، فيمكن أن يقال من الأول: يدخل الربح في ملك العامل بمقتضىٰ قرار المضاربة، فلا تكون هذه الصورة مثالاً للمقام و نظيراً له.

هذا الشراء أم لا؟

من الواضح أنه بعد ظهور الربح وكون رأس المال نقداً - كماهو المفروض- يكون المال على نحو الشركة فيه بين العامل والمالك بالشركة الاشاعية بصرف الظهور، وان المال بعد كونه مشاعاً لايجوز التصرف به لأحد الشريكين الا باجازة الآخر، و يكون العامل مالكاً للربح بعد ظهوره و ملكيته بعد تنجز البيع، فحين البيع ليس له ظهور الا ظهوراً علمياً دون كونه خارجياً، و خارجية الظهور انما تكون بعد تنجز البيع و ظهور الربح خارجاً، فيملكه العامل حين البيع ملكاً علمياً لاعرفياً، فان ملكية الربح خارجاً عند العرف هو الوجود الخارجي، و ذلك انما يحصل بعد البيع خارجاً، اذ حينئذٍ يظهر الربح للعامل.

و من الواضح: أن الظهور للربح انما يكون متأخراً عن البيع تأخر الحكم عن موضوعه. ومن المسلم أنّه لا يمكن أن ينفي الحكم موضوعه، فمعنىٰ بطلان البيع أن يكون الظهور الذي يترتب على البيع مبطل للبيع. وهذا محال، فلايمكن القول بأن الربح الحاصل من هذا البيع الى المالك موجب لبطلان البيع بالنسبة الى حصة

(مسألة ٤١)- يجوز للعامل[١] الأخذ بالشفعة من المالك في مال

العامل، لأن الحكم الذي هو الظهور الخارجي يوجب بطلان البيع الذي به ظهر الربح.

الفرع الخامس: اذا باع الى المالك واشترىٰ منه قبل ظهور الربح بقيمة أزيد من قيمة المثل -بحيث يكون الربح حاصلاً بهذا الشراء- فان الربح بعد حصوله ينتقل منه الى المالك.

فيمكن الاشكال فيه بأن بعض الثمن يرجع الى المالك من جهة كونه ربحاً. و يمكن دفع الاشكال بكون الربح لابد من ظهوره حتىٰ يكون عائداً الى المالك والعامل، والظهور هو الظهور العرفي، وهو ماله خارجية، والخارجية للربح انما تكون بحصول البيع، وحصوله يكون علة عرفية للظهور. ومن المسلم أن العرف قبل استقامة البيع لايراه ظاهراً.

وعلى هذا فبعد الظهور لايمكن أن يؤثر الحكم على موضوعه، ولايمكن عند العرف انهدام موضوعه، والربح لايدخل في ملك العامل ثم يخرج منه الى العامل، بل ربح المضاربة أولاً و بالذات يدخل في ملكية العامل والمالك سوية، فلايكون أحدهما مقدماً على الآخر. فكما قلنا ان البيع في طرف العامل لا يتزعزع، كذلك البيع في طرف المالك لا يتزعزع، لأن الحكم مع الموضوع وان لم يكن علية و معلولية الا أنه يكون بهذه المثابة، فلا يمكن تأثير الحكم في اعدام موضوعه، وما أتى به المالك غير مربوط بالمقام.

والحاصل: ان الكلام في ظهور الربح، و هذا الظهور لابد وأن يكون محرزاً حتى تأتي هذه الاشكالات ومن الواضح أن الظهور مترتب على البيع بعد كون البيع علة للظهور، فلايمكن أن يكون هذا الحكم المترتب على هذا الموضوع موجباً لانتفاء الموضوع ويكون في كلا الطرفين بيعاً للأجنبي، فانه بالبيع يتحقق الظهور. ولا فرق بينهما كما هو واضح عند التأمل.

[١]اذا قلنا بملكية العامل للربح بالظهور كان كلام السيد الماتن مما لا

المضـاربة، ولا يجوز العـكس. مثـلاً اذا كانت دار مشتركـة بين العامل والأجنبي فـاشتـرى العامل حصـة الأجنبي بمـال المضاربة يجـوز له اذا كان قبل ظهور الربح ان يأخذها بالشفعة، لأن الشراء قبل حصول الربح يـكون للـمالك، فـللعامـل أن يأخذ تـلك الحصة بـالشفعـة منه. وأما اذا كانت الـدار مشتـركة بيـن الـمـالك والأجنـبي فـاشترى العـامـل حصة الأجنبي ليس للمالك الأخذ بالشفعة، لأن الشراء له، فليس له أن يأخذ بالشفعة ماهو له.

اشـكال فيه، وأما اذا قلـنا بأن تسلط المالك لـلعامل على مالـه بأزاء الربح الحاصل مـن الـمال وتسليط العـامـل لـعمله بأزاء تسـلط الـمالك لما له، فـيـكون التسليطان مـقدمـتين بـأزاء الـربح الحاصل من الـمال، فالعامل في بـدء المضاربة يشترك مع المالك في مال المضـاربة والعمل، بحيـث يكون تسليط المالـك للعامل على مـاله بأزاء الربح الحـاصل من المال، وتسليط العامل بعمله للمالك بأزاء الربح الحاصل من المال، فيكون بعقد المضاربة تسليطان مستفادان من أصل العقد.

وعلى هذا فانهمـا في باديْ الأمر يكونان شـريكين ولا يحتاج الـى ظهور الربح كما فرقه الماتن، فـاذا كانا شريكـين فتارة يكون مع الأجـنـبي فيأخذ بـالشفعة على القول الأول، فان كانت الدار مشـتركة بين العامـل و الأجنبي فاشترى العامل حصة الأجنبي بمـال المضاربة يجـوز له قبل ظهـور الربح أو بعده أن يأخذها بالشفعة منه، لأن الشراء على جميع الـتقادير يكون مشتـركاً بين المالك والعامل، ويمكن للعامل أن يأخذها بالشـفعة، لأنه بالذي له يكون أصيلاً وبالحصة التي للمالك يكون وكيلاً فيها.

وأمـا اذا كانـت الدار مشتركة بـين الـمالك والأجـنـبي فاشتـرى العـامل حصة الأجـنـبي فيكون لـلـمـالك الأخذ بالشفـعـة، لأن الـمال يكون مشتـركـاً بـينه وبين المالك، ولايكون الشراء للمالك فقط حتى يقال بأن اعمال المضاربة يكون بالنقل من جيبه الى جيبه الآخر ويكون من الأول كما لوظهر الربح.

(مسألة ٤٢)- لا اشكال في عدم جواز وطئ العامل[١] للجارية التي اشتراها بمال المضاربة بدون اذن المالك، سَواء كان قبل ظهور الربح أو بعده، لأنها مال الغير أو مشتركة بينه و بين الغير الذي هو المالك، فان فعل كان زانياً يحد مع عدم الشبهة كاملاً ان كان قبل حصول الربح و بقدر نصيب المالك ان كان بعده.

---

[١] في المقام فروع لابد من التعرض لها:

الفرع الأول: ان من المسلم على جميع المباني عدم جواز وطيْ العامل جارية القراض، لأنه اما أن نقول بأن العامل والمالك يشتركان في رأس المال بمجرد العقد، كما أوضحناه في المسألة السابقة. أو نقول بأن رأس المال للمالك قبل الاسترباح، فتكون الامة المشتراة للمضاربة للمالك. وعلى كلا التقديرين فلايجوز التصرف للعامل في هذا المال الا باجازة الشريك الآخر قبل الاسترباح.

الفرع الثاني: اذا اشترى العامل الجارية بمال القراض لايجوز له وطئها، لأن المالك سلطه على المال للاسترباح به ولهذا الغرض أعطاه المال، فلا يكون وطيْ الجارية و نظائره من التصرفات كذلك، فانه لادخل له بالاسترباح، فان العقد لوخلي وطبعه يكون شأنه هكذا، فلابد من النظر في لوازمه في الفروع المترتبة عليه.

الفرع الثالث: اذا أذن المالك للعامل في وطء الجارية المشتراة للمضاربة، فان الشراء قبل ظهور الربح يكون للمالك فيحلله للعامل. و هذا مما لا اشكال فيه اذا لم يكن الربح ظاهراً فيه، لأن المال قبل الظهور يكون للمالك، فالتحليل يكون صادراً من أهله و واقعاً في محله.

وأما اذا ظهر الربح الذي يكون المالك فيه شريكاً مع العامل في الربح، فلايكون ذلك التحليل كافياً في جواز تحليل المالك للعامل، بل يحتاج الى تحليل جديد، اذ أن ذلك التحليل الأول كان في مورد كون المال كله للمالك، وتحليله كان صادراً من المالك للعامل. وأما في ظهور الربح فيكون المال مشتركاً بين المالك والعامل، فهذه الشركة تحدث الاحتياج الى الاذن الجديد، لأن الاذن

كمالا اشكال في جواز وطيها اذا أذن له المالك بعد الشراء وكان قبل حصول الربح، بل يجوز بعده على الأقوى من جواز تحليل أحد الشريكين صاحبه وطئ الجارية المشتركة بينهما.

وهل يجوز له وطيها بالاذن السابق في حال ايقاع عقد المضاربة أو بعده قبل الشراء أم لا؟ المشهور على عدم الجواز، لأن التحليل اما تمليك أو عقد، و كلاهما لايصلحان قبل الشراء. والأقوى - كما عن الشيخ في النهاية- الجواز، لمنع كونه أحد الأمرين، بل هو اباحة ولامانع من انشائها قبل الشراء اذالم يرجع عن اذنه بعد ذلك، كما اذا قال: اشتر بمالي طعاماً ثم كل منه.

السابق شموله للمقام يكون من الاذن التعليقي، ومن المسلم أن الاذن التعليقي في العقود والايقاعات مجمع و مسلم على بطلانه. ومن الواضح أن التحليل من العقود التي يكون التعليق فيها باطلاً، فالاجماع يكون شاملاً له.

وعلى هذا فالتحليل الذي صدر من المالك للعامل كان في مورد انحصار المالك بنفسه للملك، فكان التحليل له منجزاً.

وأما اذا ربح العامل في شرائه فيكون للمالك أيضاً حصة من ربحه، فلايكون الاذن السابق شاملاً له الا تعليقياً، بأن يعلق الاذن على التصرف في المال، واذا حدث ملك جديد فالاجماع المدعى في التعليق يكون شاملاً له. ولا يقدح أحد في بطلان هذا التعليق، فلا يشمل في صدور الربح الحاصل بالمضاربة، أي قسمة من الربح.

وعلى هذا فالأقوى عدم شمول الاذن للربح المتجدد، والرواية المستشهد بها للمقام المذكورة في باب ٤١ من الوسائل في باب تحليل النكاح من أبواب نكاح العبيد والاماء، فلايمكن الاستشهاد بها للمقام من جهة التعليق كما قدمناه.

الفرع الرابع: هل يجوز له وطؤها بالاذن السابق في حال ايقاع عقد المضاربة أو

هذا مضافاً الى خبر الكاهلي عن ابي الحس عليه السلام قلت: رجل سألني أن أسألك أن رجلاً أعطاه مالا مضاربة يشتري مايرى من شئ وقال له: اشتر جارية تكون معك، والجارية انما هي لصاحب المال ان كان فيها وضيعة فعلية وان كان ربح فله، فللمضارب أن يطأها؟ قال عليه السلام: نعم[1].

ولا يضر ظهورها في كون الشراء من غير مال المضاربة، من حيث جعل ربحها للمالك، لأن الظاهر عدم الفرق بين المضاربة و غيرها في تأثير الاذن السابق وعدمه؛ وأما وطئ المالك لتلك الجارية فلا بأس به قبل حصول الربح بل مع الشك فيه لأصالة عدمه، وأما بعده فيتوقف على اذن العامل، فيجوز معه على الأقوى من جواز اذن أحد الشريكين صاحبه.

بعده قبل الشراء أم لا؟

المشهور على عدم الكفاية، و ذلك لأن الاذن التعليقي الذي مثل به الماتن مما لا اشكال فيه، لأن التصرف في الأموال يكفيه الرضا الحاصل في المقام.

ولكن الشأن في العقود والايقاعات - الذي منها التحليل - لايمكن أن يكون معلقاً، وهذه الامثلة التي ذكرها الماتن تكون معلقة، والتعليق مما أعرض عنه الأصحاب.

و بهذا تعرف أن كلام صاحب الجواهر من أن الرواية موثقة. منظور فيه، لأجماع الأصحاب على الاعراض عنها، فانه لا اشكال في أنه لايكون الجالب هو مضاربة، الا أنه يستفاد منه التعليق في الوطء، وهو باطل.

الفرع الخامس: أما وطئ المالك للجارية قبل حصول الربح فقد كانت ملكاً له اذا لم نقل بما بيناه، لأن المالك انما أعطى العامل مالاً ليستربح منه، ومن الواضح

---

(١) الوسائل باب: ١١ من ابواب كتاب المضاربة.

(مسألة ٤٣)- لوكان المالك في المضاربة امرأة فاشترى العامل زوجها، فان كان باذنها فلا اشكال في صحته و بطلان نكاحها ولا ضمان عليه وان استلزم ذلك الضرر عليها بسقوط مهرها و نفقتها، والا ففي المسألة أقوال: البطلان مطلقاً للاستلزام المذكور فيكون خلاف مصلحتها، والصحة كذلك لأنه من اعمال المضاربة المأذون فيها في ضمن العقد كما اذا اشترى غير زوجها، والصحة اذا أجازت بعد ذلك.

وهذا هو الأقوى، اذلا فرق بين الاذن السابق والاجازة اللاحقة، فلاوجه للقول الأول مع أن قائله غير معلوم. ولعله من يقول بعدم صحة الفضولي الافيما ورد دليل خاص، مع أن الاستلزام المذكور ممنوع، لأنها لايستحق النفقة الا تدريجاً، فليست [١] هي مالاً لها فوّته عليها،

أن المال بعد ظهور الربح يكون العامل فيه شريكاً، وأما اذا لم يستربح العامل فلايكون شريكاً فيه مع المالك. فتكون الجارية قبل الربح مختصة بالمالك، فيجوز له وطئها.

ولكن اذا قلنا بأن عقد المضاربة بايقاعه يحدث شركة بين العامل والمالك بالطريق الذي مرّ في طي المسائل المتقدمة، فقبل ظهور الربح يكون العامل شريكاً مع المالك، فلايجوز له الوطئ الا بالاجازة من العامل، ويكون شريكاً مع المالك بنفس عقد المضاربة في الأصل والربح، فقبل ظهور الربح يكون العامل بالعقد شريكاً مع المالك كما هو واضح.

ولكن الكلام في صحة مثل هذا الاستظهار، فان الروايات الورادة في باب المضاربة هو اختصاص المال بالمالك والربح بالعامل، ولا تكون حين انعقاد المضاربة شركة للعامل في رأس المال، ولو كانت شركة حقيقية ففي مرحلة الاثبات لا يوجد له دليل، وان كان في مرحلة الثبوت فيمكن تصويره.

[١] في المسألة ستة فروع نتعرض لها كالآتي:

والالزم غرامتها على من قتل الزوج. واما المهر فان كان ذلك بعد الدخول فلاسقوط، وان كان قبله فيمكن أن يدعي عدم سقوطه أيضاً بمطلق المبطل، وانما يسقط بالطلاق فقط. مع أن المهر كان لسيدها لا لها.

وكذا لاوجه للقول الثاني بعد ان كان الشراء المذكور على خلاف

الفرع الأول: اذا كان الشراء بأمر المالك واذنه فلا اشكال في أنه يبطل نكاحها ولا يبطل العقد، ولايكون على العامل ضمان، لأن من الواضح أن الاذن في الشراء اذن في تفويت مالها، اذ التصرف المضاربي يشمل كل تصرف يتوقع ربحاً من قبله، وان فيه ضرراً من الجهات الخارجية. ولا مجال لمقايسة المقام بما تقدم من كون المناط في صحة المضاربة هو الربح، وان كان فيه جهات أخرىٰ مستلزمة للضرر، فيكون المناط وجوده. وان كان فيه مافيه، فلايكون خلاف مصلحة المضاربة، ولايكون فيه انصراف لاختلاف الحالات.

الفرع الثاني: اذا كان شراء العامل لزوج المرأة المالكة بجميع رأس المال ولم يبق للعامل مال يستربح به، فان تلفه كان برضاها، فيكون كما لو أدىٰ المال اليها. ولكن العقد بتفويت رأس المال لايبقىٰ له وجود حتى يستربح به، و مع ذلك فلايكون خلاف الأمانة من ناحية العامل، فيكون مستحقاً لنصف ربح المسمىٰ الذي يكون الزوج واجداً له.

و بعبارة أخرىٰ: لما كان الغرض للزوجة حصوله بهذا الشراء كان ربحاً، وان حصل فيه ضرر من نواحي أخرى، فلايكون العقد باطلاً وانما يكون الضمان من قبل الآمر وهو الزوجة المالكة، فيكون العقد صحيحاً. والذي أوجب انتفاء المال هو المالكة، فيقوّم الزوج، فان كان فيه ربح فللمالكة ضمان الربح للعامل لكون عقد المضاربة صحيحاً لأجل الربح، والعوارض الخارجية تكون لكل معاملة، فلكون الاجازة من المالكة في الشراء فيقع عليها التكفل بالربح الحاصل منه.

الفرع الثالث: لو اشترىٰ العامل زوج المالكة اتفاقاً من دون أن تاذن له، ثم

مصلحتهـا، لامن حيث استـلزام الضرر المذكـور، بل لأنها تريـد زوجها لأغراض أُخر، والاذن الذي تضمنه العقد منصرف عن مثل هذا.

وممـا ذكرنـا ظهر حـال ما اذا اشـترى الـعامل زوجـة المـالك، فانه صحيح مع الاذن السابق أو الاجـازة اللاحقة، ولا يكفيه الاذن الضمني في العقد للانصراف.

علمت أنه اشترىٰ زوجها بتمام رأس مالها، فقد بطل نكاحها.

فان من الـواضح أن العامـل حتم عليه تحصـيل الربح والربح موجـود في المقام ولكن أوجب ضرراً على المالكة، فالعقد صحيح و يجبر هذا الضرر بأن يقوّم الزوج، فان كان فيه ربح يكـون معتقاً و عليـه تحصيل المال الذي اعـتق منه، ويكون العقد صحيحاً والخسارة بعهدة الزوج حتى فـي مثال الفرع المتقدم والفروع المتـرتبة عليه بعد هذا. فان الروايات الواردة في هذا المجال دالة على صحة العقد، وكون الضمان في عهدة المشتري. هذا اذا كان جميع المال مصروفاً في شراء الزوج.

الفرع الرابع: اذا أجازت المالكة شراء زوجها و دفع العامل نصف رأس المال و اشتراه، فان رأس المـال لما كان بهـذا المقدار و مأذوناً فيه من قبل المالكة فيتنزل نصف رأس المال منـه ويكون هو منـاط الربح وهورأس المـال، والا فيجب علـيها جبرانه لا تمام رأس المال والآثار المترتبة عليه.

الـفرع الخامس: اذا كان شراء الـزوج بـدون اذن الـمالكة، فانـه يـنعتق و يصير حراً، و يجـب عـلـى المشـتري دفـع الضـرر الوارد علـى الـمـال، فتكون الـمضـاربـة صحيـحـة، لـما عرفـت مـن أن عـقد المضـاربـة يصح مادام الربح مـوجـوداً والضرر لايتحمـله الا المـعتق. وهذا لايـفرق مع شـراء العامل زوجـة المالـك، فان ذلك ولو كان بدون اذنه الا أنه لافرق فـي الاذن و عـدم الاذن، فان الاذن بالمضاربة يشمـله ولايكون منصرفاً عنه كما قلنا.

الفرع السادس: لا اشكال في مـفروض المسألة أن المالـكة اذا اشترت زوجها تملكه، و مع ملـكيتها لزوجـها تملك الجهـات الملازمة للزوج، ومـن ملازماتها أنها

(مسألة ٤٤)- اذا اشترىٰ العامل من ينعتق على المالك فاما أن يكون باذنه أولا، فعلى الأول ولم يكن فيه ربح صح وانعتق عليه و بطلت المضاربة بالنسبة اليه، لأنه خلاف وضعها أو خارج عن عنوانها، حيث أنها مبنية على طلب الربح المفروض عدمه، بل كونه خسارة محضة، فيكون صحة الشراء من حيث الاذن من المالك لامن حيث المضاربة. و حينئذٍ فان بقي من مالها غيره بقيت بالنسبة اليه، والا بطلت من الأصل، وللعامل أجرة عمله اذا لم يقصد التبرع. وان كان فيه ربح فلا اشكال في صحته.

لكن في كونه قراضاً فيملك العامل بمقدار حصته من العبد، أو يستحق عوضه على المالك للسراية، أو بطلانه مضاربة و استحقاق العامل أجرة المثل لعمله كما اذا لم يكن ربح؟ أقوال، لا يبعد ترجيح الأخير، لالكونه[١] خلاف وضع المضاربة، للفرق بينه و بين صورة عدم الربح، بل لأنه فرع ملكية المالك المفروض عدمها.

تملك ماعلى ذمة الزوج، و منه المهر الذي على ذمته، لأن شراء الزوج يوجب كون المهر متعلقاً بذمة سيده، فيكون المهر لسيده لانه من لوازم ملك رقبته، ولايكون المتن غلطاً كما توهم.

ومن الواضح أن الديون المتعلقة على ذمة العبد -على القول بأنه يملك- تكون على عاتق المولى اذا اشتراه. و نتيجة ذلك أن المهر لما كان متعلقاً بذمة العبد، فاذا اشترت المالكة زوجها انتقل الى ذمة المالكة، فيجوز لها تملكه، لأنه تملّك ما تملكه المالك كما هو الصحيح، فلايكون الضرر وارداً على المالكة من هذه الناحية. و بهذا يختتم النزاع.

[١] في المسألة فروع ثلاثة:

الفرع الأول: اذا أذن المالك شراء من ينعتق عليه، فمعناه اذن بتلف ماله، فلا

و دعوىٰ أنه لابد أن يقال: انه يملكه آناًمّا ثم ينعتق أو بقدر ملكيته حفظاً لحقيقة البيع على القولين في تلك المسألة وأي منهما كان يكفي في ملكية الربح. مدفوعة بمعارضتها بالانعتاق الذي هو أيضاً متفرع على ملكية المالك، فان لها أثرين في عرض واحد: ملكية العامل للربح، والانعتاق. ومقتضىٰ بناء العتق على التغليب تقديم الثاني، وعليه فلم يحصل للعامل ملكية نفس العبد ولم يفوّت المالك عليه أيضاً شيئاً بل فعل يمنع عن ملكيته.

مع أنه يمكن أن يقال: ان التفويت من الشارع لامنه. لكن الانصاف أن المسألة مشكلة بناءً على لزوم تقدم ملكية المالك و صيرورته للعامل بعده، اذ تقدم الانعتاق على ملكية العامل عند المعارضة في محل المنع.

يضمن العامل في هذا الشراء. والمفروض في عقد المضاربة حصول الربح، فان كان الشراء بكل رأس المال كان للعامل الربح المتوقع من هذا المال، فلابد من دفع الحصة من قبل المالك بسبب اذنه للعامل، فيضمن له نسبة ربحه، فانه يدخل في ملك المالك و ينعتق عليه من جهة تغليب ملك المالك، فان ملكيته في عرض ملكية العامل في هذا الشراء والربح، فان دخول الربح كذلك يوجب ضمانه للعامل لانعتاقه كله باذنه، و عقد المضاربة يبقىٰ على صحته لوجود الربح فيه ولو كانت فيه أضرار خارجية.

وعلى هذا فان الضرر متدارك من ناحية الاذن والأمر من قبل المالك، وهو يوجب كون الربح موجوداً فيه، فيكون العقد باقياً.

هذا اذا كان شراء من ينعتق على المالك من جهة المضاربة.

وأما اذا كان العامل قد اشترىٰ من ينعتق على المالك باعتبار كونه وكيلاً للمالك في الشراء وكان معنى توكيله رفع اليد عن العقد الجائز من الطرفين لأنه

نعم لو قلنا: ان العامل يملك الربح أوّلاً بلا توسط ملكية المالك بالجعل الأولي حين العقد و عدم منافاته لحقيقة المعاوضة، لكون العوض من مال المالك والمعوض مشتركاً بينه و بين العامل - كما هو الأقوىٰ- لايبقىٰ اشكال فيمكن أن يقال بصحته مضاربة، وملكية العامل حصته من نفس العبد على القول بعدم السراية، و ملكيته عوضها ان قلنا بها.

وعلى الثاني —أي اذا كان من غير اذن المالك - فان أجاز فكما في صورة الاذن، وان لم يجز بطل الشراء.

ودعوىٰ البطلان ولو مع الاجازة لأنه تصرف منهي عنه. كماترى، اذ النهي ليس عن المعاملة بماهي، بل لأمر خارج، فلا مانع من صحتها مع الاجازة.

فسخ عملي فيما اذا كان الثمن لمن ينعتق عليه، فيكون ذلك توكيلاً لشراء من ينعتق عليه.

وفي هذا الفرض لا اشكال من انتفاء موضوع العقد أولاً و بالذات، لأن توكيل العامل لهذا الشراء يوجب حصر المال بهذا الشراء، فان حصره كذلك يوجب رفع اليد عن العقد، فان كان العامل قد قصد التبرع في هذا الشراء فلايكون له أجرة المثل وان لم يقصد التبرع فله ذلك .

الفرع الثاني: لو لم يكن هذا الشراء موجباً لصرف جميع المال بل بقي منه شيئ مثلاً وكان باذن المالك وأوجب الربح ولم تبطل المضاربة حتى في مقدار من ينعتق على المالك ، لأن شراء ذلك انما يوجب خروجه من باب المضاربة لخروج العنوان عنه، والا فأصل المضاربة باقية في مثل شراء من ينعتق على المالك باجازته ويكون ضامناً بالأمر لأصله و ربحه. وعلى هذا فان العقد صحيح والمضاربة جارية في أصلها و ربحها.

ولا فرق في البطلان مع عدمها بين كون العامل عالماً بأنه ممن ينعتق على المالك حين الشراء أو جاهلاً.

والقول بالصحة مع الجهل لأن بناء معاملات العامل على الظاهر، فهو كما اذا اشترى المعيب جهلاً بالحال. ضعيف، والفرق بين المقامين واضح.

ثم لافرق في البطلان بين كون الشراء بعين مال المضاربة أو في الذمة بقصد الأداء منه وان لم يذكره لفظاً. نعم لو تنازع هووالبائع في كونه لنفسه أو للمضاربة، قدم قول البائع و يلزم العامل به ظاهراً وان وجب عليه التخلص منه. ولولم يذكر المالك لفظاً ولاقصداً كان له ظاهراً و واقعاً.

وأما العتق فان كلمات الأصحاب صريحة في مورد العتق أقوى من سبب المالك، حيث أن في هذه الموارد تكون أدلة العتق أقوى من سبب المالك، فيكون العتق سارياً لحصة العامل ويكون المالك ضامناً لحصته كما ذكرنا.

الفرع الثالث: اذا اشترى العامل من ينعتق على المالك وكان العامل عامل مضاربة ودفع من مال المضاربة و تنازع العامل والبائع في ان شراءه لنفسه أو كان للمضاربة، فهل يقدم قول العامل أو البائع؟

فان الدفع من مال المضاربة والعامل هوالذي تصدى لشراء العبد لاغيره، فيكون ذلك دالاً على أن الشراء للمضاربة ويكون عليه الدفع منه. وهذا المعنى كما ذكرناه سابقاً ان التصرف في مال المضاربة والدفع من مال المضاربة دليلان على أن المشترى من مال المضاربة.

وأما اذا كان النزاع في ادعاء البائع بأنه اشتراه لنفسه لامن مال المضاربة -يريد بذلك عدم انعتاقه- لأن العتق انما يتحقق لوكان الشراء من مال المضاربة، وتكون هذه الأمور مؤيدة لانعتاقه، فاذا كان مع هذه القرائن كان دالاً على أن

(مسألة ٤٥)- اذا اشترى العامل أباه أوغيره ممن ينعتق عليه، فان كان قبل ظهور الربح ولا ربح فيه أيضاً صح الشراء وكان من مال القراض، وان كان بعد ظهوره أو كان فيه ربح، فمقتضى القاعدة -وان كان بطلانه لكونه خلاف وضع المضاربة، فانها موضوعة كمامر للاسترباح بالتقليب في التجارة والشراء المفروض من حيث استلزامه للانعتاق ليس كذلك- الا أن المشهور بل ادعى عليه الاجماع صحته. وهو الأقوى[١] في صورة الجهل بكونه ممن ينعتق عليه، فينعتق مقدار حصته من الربح منه، و يسري في البقية وعليه عوضها للمالك مع يساره، و يستسعى العبد فيه مع اعساره، لصحيحة ابن ابي عمير عن محمدبن قيس عن الصادق عليه السلام: في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهولا يعلم. قال عليه السلام: يقوّم، فان زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى في مال الرجل[١].

الشراء للمضاربة. وأما اذا لم تكن هذه القرائن الحاليه والمقالية، فان مايدعيه العامل يصبح منكراً به، لأنه أعرف بقصده ولا يعرف الامنه، ولا تكون للبائع حجة على خلاف ذلك في مقام انعدام القرائن.

[١] في هذه المسألة ستة فروع:

الفرع الأول: لا اشكال في أن العامل مضارب و تصرفاته منوطة بحصول الربح، فالعقد مبني على الاستصلاح في المال للربح، فلواشترى العامل أباه أوغيره ممن ينعتق عليه عالماً بكونه أباه أو لم يكن عالماً به، فالقاعدة الارتكازية حاكمة بكون الشراء لحصول الربح، فشراؤه صحيح على هذا المنوال.

ومن الواضح أن ظهور الربح -كما قلنا سابقاً- انما يكون بنظر العرف، والعرف

---

(١) الوسائل باب: ٨ من كتاب المضاربة.

وهي مختصة بصورة الجهل المنزل عليها اطلاق كلمات العلماء أيضاً. واختصاصها بشراء الأب لايضر بعد كون المناط كونه ممن ينعتق عليه، كما أن اختصاصها بما اذا كان فيه ربح لايضر أيضاً بعد عدم الفرق بينه وبين الرّبح السابق، واطلاقها من حيث اليسار والاعسار في الاستسعاء أيضاً منزل على الثاني جمعاً بين الأدلة.

لانظر له الا فيما يكون الربح له خارجية، و ذلك يتحقق بأن العامل كلما اعطاه لشراء العبد تكون الزيادة الخارجية له، فذلك ربح و ظهور، فلو لم يكن فيه زيادة خارجية بلا ربح بهذا الاشتراء صحيحاً ولا ينعتق على العامل ويكون مساوياً لرأس المال فيكون العقد للمالك ولا عتق، فلا تترتب عليه النتائج.

الفرع الثاني: اذا اشترى العامل من ينعتق عليه و بشرائه ظهر الربح، كان العامل شريكاً مع المالك في رأس المال، لأن بناء المضاربة يقع على حصول الربح، و قلنا بأن حصوله لاينافي الضرر من الجهات الخارجية، فالجهات الخارجية عن الربح لا توجب تعنون المضاربة بالبطلان كما توهمه الماتن، بل يكون العقد صحيحاً والنفع العائد من المضاربة أيضاً موجوداً حتى مع العلم بأنه ممن ينعتق عليه. ولايكون خلاف وضع المضاربة، فان المدار فيها ما قلناه لا امكان التقليب في التجارة. فتحصيل الربح يتحقق بأول وجود له، ولا يحتاج الى الاستمرار حتى يوجب الاشكال في هذه الموارد، بل صرف وجود الربح يكفي في صحة العقد.

وعلى هذا فلامجال لبطلان العقد بكونه خلاف وضع المضاربة، بل هو منطبق عليها. ولهذا ذهب المشهور الى صحته، سواء كان مع الجهل أو مع العلم بانه ممن ينعتق عليه، فان الظاهر من الرواية أن اقدامه من جهة عدم العلم، ولكن لا اختصاص له بذلك على ما تقدم.

الفرع الثالث: ان مقتضى القاعدة صحة عقد المضاربة، ويكون الضرر الوارد على المال من ناحية العامل لشرائه من ينعتق عليه، والرواية الواردة مطلقة فلا يتحتم على العبد السعي، سواء كان العامل موسراً أومعسراً،فان الاطلاق في الرواية

هذا، ولو لم يكن ربح سابق ولا كان فيه أيضاً لكن تجدد بعد ذلك قبل أن يباع، فالظاهر أن حكمه أيضاً الانعتاق والسراية بمقتضىٰ القاعدة. مع امكان دعوىٰ شمول اطلاق الصحيحة أيضاً للربح المتجدد فيه، فيلحق به الربح الحاصل من غيره لعدم الفرق.

يدل عليه، ولا تفصيل يدل على ذلك البناء الذي بنىٰ عليه الماتن.

الفرع الرابع: لوكان العامل قد استربح في المال بالمضاربة ثم اشترىٰ من ينعتق على المالك ، فهما شريكان في رأس المال والربح الحاصل من المضاربة قبل شراء العبد. وفي هذا المجال لو اشترىٰ الرجل برأس المال من ينعتق عليه يكون مقدار من هذا المال للعامل، ففي القسمة بعد الانضاض لو علم أن للعامل سهماً في رأس المال من الربح الحاصل من التجارة والاسترباح ، فانه ينعتق و يستسعى في مال الرجل، ويكون كلام الماتن اشارة الى هذا المعنى. و من العجب ما ذكره بعض الأساتذة في المقام، فان ما ذكرناه ينطبق على الرواية الواردة أيضاً فراجع.

الفرع الخامس: يكفي في الانعتاق وجود الربح المتجدد لاالموجود حين الشراء و ذلك كما يتحقق الربح حين الشراء كذلك يتحقق بعد الشراء بارتفاع القيمة السوقية او غير ذلك .

ومن الواضح أن اختيار من ينعتق عليه اختياراً يدل على أن العامل موسر. ويتم هذا على القول بأن شراء من ينعتق عليه لأجل الربح . و أما اذا قلنا بأن الربح الموجود في المقام انمايكون مصححاً للعقد كما سبق و هذا الربح لاينافي التضرر من الجهات الخارجية للعقد، فلايكون اليسار و الاعسار دخيلاً في الانعتاق، فالعقد صحيح و الضرر وارد على العامل، فلا يكون خارجاً عن العقد، والمتضرر هوالعبد كما ذكرنا فلا ينافي العقد. والاجماع الذي يمكن أن يُدّعىٰ هو الشهرة بالصحة في المقام كما ذكرنا.

الفرع السادس: لا اشكال أنه لو اشترى العامل من ينعتق عليه أعتق من نصيب العامل بمقابلة ربحه، وتكون المضاربة صحيحة، و يدفع العبد ما تضرر به المالك ،

(مسألة ٤٦)- قد عرفت أن المضاربة من العقود الجائزة، وانه يجوز لكل منهما الفسخ اذالم يشترط لزومها في ضمن عقد لازم، بل أو في ضمن عقدها أيضاً.

ثم قد يحصل الفسخ من أحدهما وقد يحصل البطلان والانفساخ لموت أو جنون أو تلف مال التجارة بتمامها أو لعدم امكان التجارة لمانع أو نحو ذلك، فلابد من التكلم في حكمها من حيث استحقاق العامل للأجرة و عدمه، ومن حيث وجوب الانضاض عليه وعدمه اذا كان بالمال عروض، ومن حيث وجوب الجباية عليه و عدمه اذا كان به ديون على الناس، و من حيث وجوب الرد الى المالك وعدمه وكون الأجرة عليه أو لا. فنقول:

اما أن يكون الفسخ من المالك أو العامل، وأيضاً اما أن يكون قبل الشروع في التجارة أو في مقدماتها أو بعده قبل ظهور الربح أو بعده في الاثناء أو بعد تمام التجارة بعد انضاض الجميع أو البعض أو قبله قبل القسمة أو بعدها [١].

والعقد صحيح ولايكون خارجاً عن باب المضاربة مطلقاً الا في مورد قام الاجماع على خلافه.

[١] في هذه المسألة فروع تقدم حكمها:

الفرع الأول: ان المضاربة جائزة من الطرفين، بمعنى سلطنة كل واحد على فسخ العقد وارجاع رأس المال والامتناع عن العمل من قبل العامل. ولم‌تكن هناك مزية لهذا العقد عن بقية العقود، اذ أنها تكون مشموله لـ «أوفوا بالعقود» في العقود اللازمة. فلهذا يمكن أن يفسخ العقد بالنظر الى وجوب الفسخ، لحكومة دليل الفسخ على وجوب الوفاء بالعقد، فيكون الفسخ وارداً على العقد لمكان «أوفوا بالعقود».

....

وهذا بخلاف العقود الجائزة، فان السلطنة على ارجاع العين لكل منهما لايمكن التمسك له بعموم الوفاء بالعقد لأثبات الوفاء، اذلا معنى لوجوب الوفاء بعد فرض ثبوت السلطنة على رد العين و تملك العوضين، فان معنى السلطنة على تملك العوضين هو عين عدم وجوب الوفاء بالعقد. وعلى هذا يستحيل شمول أدلة «أوفوا بالعقود» للعقود الجائزة.

الفرع الثاني: تقدم وأن قلنا بجواز اشتراط عدم الفسخ الى مدة في العقد لازم آخر كذلك في نفس المضاربة، ولايكون اشتراط عدم الفسخ خلاف مقتضىٰ العقد كما بينا، ولا خلاف مقتضىٰ الكتاب كما هو واضح، جمعاً بين الروايات الواردة في المقام.

الفرع الثالث: اذا كان الفسخ حاصلاً من قبل المالك، فمعناه أن العقود الصادرة من العامل تكون ممضاة من قبله ويكون الفسخ هو حل العقد من حينه، و ترد الأرباح و جميع رأس المال الى المالك، و للعامل أجرة المثل لضمان المالك له بالأمر الصادر منه.

الفرع الرابع: اذا كان الفسخ من قبل العامل، فانه يوجب كون جميع تصرفاته فضولية محتاجة الى الاجازة، و يكون جميع رأس المال والربح الحاصل منه راجعاً الى المالك اذا كان مشتغلاً بالاسترباح.

الفرع الخامس: اذا حصل البطلان -سواء كان مع علمهما بذلك أو جهلهما به أو جهل المالك و علم العامل أو علم العامل وجهل المالك- فان في جميع هذه الصور ان كان العامل مسترباحاً بالمضاربة بعد رجوع رأس المال والربح الى المالك فتكون له أجرة المثل لا المسمىٰ، وأما اذا لم يكن مستربحاً فلايكون له شيئ وتكون تصرفاته فضولية.

الفرع السادس: ان موت العامل أو جنونه و هكذا موت المالك أو جنونه قد سبق منا أنه مورداشكال لو لا الاجماع المدعىٰ في المقام.

و بيان أحكامها في طيّ مسائل:

(الأولى)- اذا كان الفسخ أو الانفساخ ولم يشرع في العمل ولافي مقدماته، فلا اشكال ولاشيئ له ولا عليه. وان كان بعد تمام العمل والانضاض، فكذلك، اذمع حصول الربح يقتسمانه و مع عدمه لاشيئ للعامل ولاعليه ان حصلت خسارة، الا أن يشترط المالك كونها بينهما على الأقوى من صحة هذا الشرط أو يشترط العامل على المالك شيئاً ان لم يحصل ربح. و ربما يظهر من اطلاق بعضهم ثبوت أجرة المثل مع عدم الربح. ولا وجه له أصلاً، لأن بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيئ سوى الربح على فرض حصوله كما في الجعالة [١].

الفرع السابع: ان تلف مال التجارة سواء كان سماوياً أو باتلاف أجنبي، فقد تقدم حكمه و أنه في بعض الموارد لايوجب بطلان العقد. وفي كل الصور المذكورة اذا لم يكن ربح لايوجب استحقاق العامل شيئاً كما سبق، وتكون المعاملات في بعضها فضولية والبعض الآخر لا تكون كذلك.

الفرع الثامن: ان الانضاض يكون تكليف العامل، لكونه دخيل في أمانيته بعد أن كان رأس المال نقداً، و تترتب عليه الجباية لأجل عود المال نقداً كما هو.

الفرع التاسع: وجوب الرد الى المالك مع وجود عقد المضاربة، فهو على عاتق العامل. وأما الاجرة فتكون من مال المضاربة المجموع من رأس المال والربح. وأما الفسخ من العامل فقد عرفت حكمه، كما عرفت حكمه اذا كان من قبل المالك. وأما كونه قبل ظهور الربح فقد عرفت أن العامل لا يستحق شيئاً. وأما في صورة الانضاض فقد تقدمت جميع صوره أيضاً. و سيأتي التعرض لهذه الفروع من قبل السيد الماتن في طي مسائله اللاحقة.

[١] ان الفسخ أو الانفساخ اذا كان عبارة عن رجوع الفاسخ عن أصل

....

المضاربة و تحققها وابطالها من أصلها و رجوع عن اذنه الصادر من سلطنته على المال، فكذلك بالنسبة للعامل لما كان له السلطنة على عمله فبالفسخ يرفع اليد عن السلطنة على عمله بأزاء الربح الحاصل. ويكون معنى فسخه عبارة عن بطلان المضاربة من أصلها، فيكون كل منهما راجعاً عن اذنه الأصلي المعاملي، والاعمال السابقة غير مضمونة الى حين الابطال، ولا استحقاق للأجرة على الأعمال السابقة، لأن ابطال العقد من أول الأمر يقتضي كون تصرفاته كلها خالية عن النتيجة، وان العقود الاذنية بدؤها بالاذن و منتهاها بالاذن، فاذا انفسخت ارتفع الاذن و بعد ارتفاعه لايبقىٰ عقد حتى يرتب عليه آثاره.

وأما اذا كان الفسخ في المقام كالفسخ في باب الاجارة من حل العقد –بأن الفاسخ انما يكون للأعمال المأتية الى حين الفسخ مورد قبوله و من حين الفسخ يريد رفع اليد عن هذه الأعمال بحيث يكون المراد من الفسخ هوالرجوع عن الأعمال الآتية وأما الاعمال السابقة فهي مورد قبوله و امضائه– فيكون تبعيض في الفسخ كما ذهب اليه المشهور. و نتيجته: أن الأمر كما تقدم من أن الفسخ يوجب عدم ضمان الأعمال السابقة من الربح، وذلك واضح، فان العامل انما كان عاملاً للمالك لأجل وجود الربح من رأس المال بمجموعه، و بالفسخ سبب عدم وصول كلا الطرفين لما عقد عليه، فتكون الأعمال كلها غير مضمونه، ولا يستحق العامل شيئاً أصلاً.

هذا اذا قلنا بالتبعيض في الفسخ كما عليه المشهور في باب الاجارة، وأما اذا لم نقل بالتبعيض في الفسخ و قلنا بأن مرجع الفسخ لأجل تمام العقد في نظر الفاسخ ولو من حين الفسخ، فيلزم الحكم بانعدام تمام العقد. ولازمه رجوع كل عوض الى صاحبه، أى رجوع كل سلطنة الى صاحبها حتى الأعمال السابقة، و مرجع تلك الاعمال السابقة التي كانت مضمونة بالربح الى كونها مضمونة بغيره، وهو أجرة المثل من العوض الواقعي.

(الثانية)- اذا كان الفسخ من العامل في الأثناء قبل حصول الربح، فلا أجرة له لما مضى من عمله. واحتمال استحقاقه لقاعدة الاحترام، لاوجه له أصلاً. وان كان من المالك أوحصل الانفساخ القهري ففيه قولان: أقواهما العدم أيضاً بعد كونه هوالمقدم على المعاملة الجائزة التي مقتضاها عدم استحقاق شيً الا الربح، ولا ينفعه بعد ذلك كون اقدامه من حيث البناء على الاستمرار[١].

و مجرد اقدامه على العمل في قبال الربح التقديري وفاء بعقد المضاربة الصحيحة لايوجب الاستهانة بعمله بقول مطلق، اذ من الواضح أن الفسخ في العقود الاذنية يوجب رفع اليد عن اذنه في المضاربة، فتكون سلطنة العامل في عمله و سلطنة المالك في ماله، الا أن العمل صدر من العامل لأجل حصول الربح، وفي الفرض لم يحصل لأن الربح كان بأزاء ذلك ولم يصل اليه العامل بفسخ العقد ولم نقل بأنه اجير على تمام العمل، فيرجع العمل اليه بالفسخ. كما ان المال يرجع الى مالكه، فالمالك له ما بأزاء في الفسخ، فالعامل لما لم يكن له ما بأزاء و تحقق الفسخ فالربح المسمى لايستحقه. ولكن تكون الأعمال المأتي بها مضمونه له بالعوض الواقعي. وهو أجرة المثل.

هذا اذا لم نقل بالتبعيض في الفسخ، فيكون العامل مستحقاً لذلك.

وكلام الماتن بعدم استحقاق أجرة المثل للعامل في صورة عدم الربح، خلاف مانقول به، بل انما يستقيم على رأي المشهور الذي يرىٰ ثبوت التبعيض في الفسخ، وأما اذا أنكرنا التبعيض في الفسخ في الفرض كان للعامل أجرة المثل، حتى لوكان الفسخ قبل حصول الربح من جهة الأعمال المأتي بها، فلا مجال لكلام الماتن أصلاً.

[١] في هذه المسألة جهتان من البحث:

الجهة الأولى: اذا كان الفسخ من طرف العامل قبل ظهور الربح، فلا اشكال في سلطنة كل واحد على الفسخ، فلو فسخا قبل العمل و قبل الاسترباح فلا شيً

....

للعامل، سواء كان الفسخ من العامل أو من المالك. وأما لووقع الفسخ بعد العمل وقبل الاسترباح، ففي استحقاق العامل لأجرة المثل مورد خلاف بين الأعلام. وقد سبق منا آنفاً أن مذهب المشهور الى التبعيض في الفسخ، و نتيجته عدم استحقاق العامل شيئاً.

ولكن عملية الفسخ الممكن صدورها من أي واحد منهما هو رجوع كل عمل الى صاحبه، والمالك يرجع اليه ماله بفسخ العقد من قبل العامل، اذا الفسخ هو من الحين يعني تمام العقد من الحين، و معناه رجوع المال الى مالكه.

وأما الأعمال الصادرة من الأجير والتي كانت مضمونة من الربح ترجع اليه ولكن لمكان الفسخ، فلا تكون مضمونة بالربح المسمىٰ، فلابد وأن يرجع الى الربح الواقعي وهو ربح المثل لما قلنا في الفرع المتقدم، فان اقدام العامل على العمل في قبال ربحه التقديري وفاءً بعقده الصحيح لايوجب هتك عمله بقول مطلق. وعلى هذا فان العمل مضمون بربحه الواقعي، فيكون مضموناً كذلك.

وما قاله بعض الأساتذة من كونه غير مضمون مطلقاً. فقد عرفت ضعفه، كما اوضحناه في الفرع السابق.

ولا فرق في ذلك بين كون الفسخ من قبل المالك أو من قبل العامل، حيث أن العقد يوجب أن تكون لهما السلطنة على الفسخ، فطبيعة الفسخ رجوع المال الى صاحبه والعمل الصادر من العامل يرجع اليه، و حيث أن العمل وقع من العامل فلابدو أن يرجع اليه.

ومن الواضح أن رجوع العامل بعد وجوده للعمل. وبعد كونه مقدماً بعوضه الواقعي و بالفسخ لم يكن عوض، فيرجع العامل بالعوض الواقعي -أعني أجرة المثل- لأن ذلك معنى رجوع العمل الى صاحبه. ولا يكون مقدماً بعمله الا بالربح المسمىٰ، لأنه مضمون على جميع التقادير، وحيث لايكون ربح المسمىٰ فلا اشكال في أنه مضمون للربح الواقعي.

(الثالثة)- لوكان الفسخ من العامل بعد السفر باذن المالك و صرف جملة من رأس المال في نفقته فهل للمالك تضمينه مطلقاً او اذا كان لالعذر منه وجهان: اقواهما العدم لما ذكر من جواز المعاملة و جواز الفسخ في كل وقت فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه[١].

الجهة الثانية: في أن المضاربة اذا كانت فاسدة فلا اشكال في فسخها، فان المال يرجع الى صاحبه مع الربح، وأما العامل فانّه لإقدامه على التصرف في المال بمناط أمر المالك وكان بداعي الوفاء بعقد المضاربة، فيجري على المالك بمناط أمره وان ربح المسمىٰ قد أبيد من جهة كشف الفساد، فيكون مضموناً بالربح الواقعي وهو أجرة المثل، ولايكون العامل مقدماً على العمل مجاناً كما لا يخفىٰ.

[١] لا اشكال أن مصارف السفر اذا كان باجازة المالك وكان لاجل الاسترباح يكون من رأس المال، فان أمر المالك بالسفر يقتضي ذلك ويكون العامل ضامناً. ولكن تضمينه تارة يكون لأجل فسخه حين العقد، وتارة يكون بعد العقد.

وأما كونه حين العقد فان جواز الفسخ يكون من مقتضيات المضاربة، فيكون شرط عدم الفسخ خلاف مقتضىٰ المضاربة، الا أن يقال: ان شرط عدم الفسخ تارة يكون باشتراط عدم ملكية الفسخ، بمعنى كونه غير مسلط على الفسخ، فيكون خلاف مقتضىٰ العقد ولايلزم. وتارة يكون بايجاد الداعي للعامل في عدم الفسخ، بحيث يكون شرط عدم الفسخ باعتبار أن المالك يدعو العامل بعدم الفسخ بهذا الشرط بعد صرف جملة من المال في يده، و ذلك لايكون خلاف مقتضىٰ العقد. وقد سبق منا الكلام في صحة شرط ذلك وقلنا بأنه لاينافي جواز العقد، لتخلل الرتبة بين العقد و مقتضياته و بين الشرط و مقتضياته، ولاينافي جواز العقد كما تقدم، فيكون شرط عدم الفسخ صحيحاً لا اشكال فيه.

ثم ان المالك اذا لم يشترط في متن العقد عدم الفسخ بل كان العقد واقعاً مطلقاً من دون اشتراط الا أن المالك بعد ما أجاز للعامل بالسفر لأجل الاسترباح،

(الرابعة)- لوحصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض لايجوز للعامل التصرف فيه بدون اذن المالك ببيع و نحوه، وان احتمل تحقق الربح بهذا البيع، بل وان وجد زبون يمكن أن يزيد في الثمن فيحصل الربح.

نعم لوكان هناك زبون بأن عليّ الشراء بازيد من قيمته، لايبعد جواز اجبار المالك على بيعه منه، لأنه في قوة وجود الربح فعلاً. ولكنه مشكل مع ذلك، لأن المناط كون الشئ في حد نفسه زائد القيمة والمفروض عدمه، وهل يجب عليه البيع والانضاض اذا طلبه المالك أو لا؟ قولان أقواهما عدمه.

ودعوىٰ أن مقتضىٰ قوله عليه‌السلام «على اليد ما أخذت حتىٰ تؤدي» وجوب رد المال الى المالك. كما كان كماترى[١].

فتكون اجازته كذلك معناها أن يصرف لسفره من رأس المال، و بعد أن صرف كذلك استقر رأي العامل على الفسخ و فسخ العقد، و بعد الفسخ أراد المالك تضمين العامل بالمصارف المتقدمة. ففي هذا المجال لايمكن تضمين العامل للمصارف المصروفة في سفره، لأن صرف المال في السفر كان باجازة المالك، فلايكون ضامناً لذلك.

وأما مسألة تضمين المالك له فذلك لامجال له، لأنه بعد أن كان باجازة المالك وكان العقد جائزاً فتكون اجازة المالك بداعي حصول الربح في العقد الجائز، واجازة للعامل بهذا الداعي معناه أن يكون صرف المال في المورد كونه مقدماً لبذل المال من دون عوض، فلا مجال لتضمين العامل لاقدام المالك على بذل المال مجاناً، لأن تخلف الداعي غير عزيز، فلامجال لتضمين العامل نهائياً كما ذهب اليه الماتن.

[١] في المسألة فرعان لابد من النظر فيهما:

....

الفرع الأول: اذا كانت التغييرات الواردة على المال باذن المالك قبل الفسخ أو الانفساخ، فبعد حصول الفسخ أو الانفساخ يبطل عقد المضاربة، فالاذن في المال قد أبيد بهذا البطلان أو الابطال، فيكون العامل أجنبياً عن التصرف في المال. وهذه الجهة لا تلائم جواز تصرف العامل بالبيع، وان وجد زبوناً يمكن أن يزيد في الثمن، لأن العامل بعد عدم وجود الربح يكون أجنبياً عن المال. ولكن يمكن أن يقال: بأن الشرط في المضاربة كون المال بالنقدين، والمفروض أن في المال عروض.

وقد تقدم أن الفسخ أو الانفساخ الوارد على المال بعد كونه عروضاً أو نقداً يكون هذا الفسخ أو الانفساخ مؤثراً اذا كان واجداً للشرائط الثلاثة.

وما قلناه آنفاً انما يستقيم على مبنىٰ الماتن، وأما على المبنىٰ الذي حققناه فما دام كون احدى الشرائط الثلاثة مختلاً يكون الفسخ غير مؤثر في ابطال العقد.

و حينئذٍ يكون العامل قادراً على البيع بالزبون المتجدد وحصول الربح و دفعه الى المالك، فاذا وجدت القسمة مع الانضاض والفسخ يكون مؤثراً في انفساخ العقد. وعليه لافرق من هذه الجهة بين العامل أو المالك، فيكونان بعد عدم اجتماع هذه الجهة في حصول الربح بعد الفسخ وعدم الانضاض أوعدم القسمة مؤثراً في كون العامل جاعل هذين النقدين عروضاً باجازة المالك، للتفويض المطلق الذي حصل بالعقد، وكان ذلك اقداماً من العامل عليه وفاءً لعقده.

ومن الواضح: أن اقدام العامل على التصرف في المال و جعله عروضاً كان امتثالاً للأوامر العقدية، و بعد طرو الفسخ أو الانفساخ يكون بقاؤه على كونه غير ناض يوجب أن يكون العامل مسلطاً بقراره العقدي على ما كان عقد المضاربة مقتضياً له، من جعل رأس المال بتصرفه المربح وكون الربح بينهما. ولا يجعل العامل أجنبياً عن المال بالمرة، لأنه انما يكون ذلك في الفسخ مع القسمة والانضاض، والمفروض أن الفسخ والانفساخ واقع، ولايكون ربح هناك حتى

....

يشترك العامل فيه مع المالك، فلا تكون قسمة في البين، بل الانضاض موجود ولكن لم ينض المال، فيوجب كون علاقة العقد موجودة و باقية، كما يوجب تسلط العامل كذلك في التصرف المربح فالعامل يكون أجنبياً عن المال فيما اذا اجتمعت فيه الشرائط الثلاثة والا فله التصرف من دون اذن المالك ولا اجازته، ولانحتاج فيه الى التمسك بقاعدة اليد.

وأما قاعدة أمانية اليد للعامل، فان الانضاض بعد أن كان مورداً لحصول الفسخ و عدم كون الفسخ أو الانفساخ مؤثراً الامع الشرائط، فيكون العقد مؤثراً مع عدم حصوله بعد أن كان باجازة المالك كماهو واضح.

الفرع الثاني: تقدم سابقاً أن قاعدة على اليد بعد أن كانت اعتبارية -وهو اعتبار ما قرر في عهدته من ذلك الوجود- وحيث أن العقلاء يعتبرون وضع اليد على الشيء نحو وجود وعلى رقبة الانسان بنحو يعبر عنه بأن وجود الشيء كان على رقبته و عهدته أوعلى يده بملاحظة كونه آلة للأخذ الخارجي، و حينئذٍ فبالأخذ يتحقق عنوانان: احدهما كون وجوده تحت اليد، و اعتباره نحو وجود له فوق اليد و على اليد وعلى رقبته. وكل منهما له آثار خاصة به، فمن آثار الوجود تحت اليد أن كان هي السلطنة للمالك الملازمة لحرمة التقلب فيه بواسطة عدم سلطنة الأخذ عليه الرافع لهذه الحرمة بمجرد رفع اليد عن المال وتخلية يده عنه، لأنّ غاية ماتقتضيه سلطنة المالك على ماله هو عدم سلطنة الآخر على اثبات يده عليه، فيرتفع بمجرد التخلية عنه بلا لزوم الأداء الى المالك. ولهذا نقول بعدم وجوب القبض و التسليم في البيع و غيره و كفاية تخلية اليد عنه.

وهذا بخلاف الوجود الذي اعتبر على اليد وكونها في عهدته التي تكون اليد مستولية عليه، حيث أنه لابد من الأداء الخارجي مقتضىٰ كونه مغيىٰ بالأداء مع عدم سقوطه الا بذلك كما هو حال الغاية. وعلى هذا لايكون الحكم تكليفياً كما توهم، بل يكون الحكم وضعياً، ولكن لم يلتفت القائل الى الاستظهار من الرواية بدقة.

(الخامسة) - اذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده و بالمال عروض، فان رضيا بالقسمة كذلك فلا اشكال، وان طلب العامل بيعها فالظاهر عدم وجوب اجابته و عدمه، وجوه ثالثها التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال نقداً فلايجب و بين عدمه فيجب، لأن اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان عملاً بقوله عليه السلام (على اليد). والاقوى عدم الوجوب مطلقاً، وان كان استقرار ملكية العامل للربح موقوفاً على الانضاض و لعله يحصل الخسارة بالبيع، اذا لا منافاة، فنقول: لايجب عليه الانضاض بعد الفسخ لعدم الدليل عليه، لكن لو حصلت الخسارة بعده قبل القسمة بل أو بعدها يجب جبرها بالربح، حتى أنه لو أخذه يسترد منه [١].

---

[١] في هذه المسألة عدة فروع نستعرض لها كالآتي:

الفرع الأول: لوحصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح وقبل تمام العمل، فان الفسخ أو الانفساخ قبل تمام العمل لوكان موجباً لصيرورة العامل أجنبياً عن المال - كما ذهب اليه الماتن - فقد صح على مبناه. ولكن قد أوضحنا سابقاً أن الفسخ أو الانفساخ لايوجب كون العامل أجنبياً عن مال المضاربة بعد أن كان شريكاً في رأس المال والربح الحاصل من عمله في المال.

ومن الواضح: أن العامل والمالك في المضاربة يكونان شريكين في رأس المال والربح، و شركة العامل بأزاء عمله و تسليط المالك له على المال بأزاء العمل الصادر منه، فيكون مسلطاً على المال بعد انضاضه. والاجماع الثابت على كون مال المضاربة من النقدين يوجب أن يكون العامل مسلطاً على المال بعد الفسخ أو الانفساخ، وعلى هذا الاجماع لابد من الكشف في أن المال لوكان بضاعة فلايكون العامل أجنبياً عنه، فكيف ذهب الماتن الى كون العامل أجنبياً، مع أنه قال في مسألة (٣٥) بوجوب الانضاض، فان القول بوجوب الانضاض

....

لايجامع تأثير الفسخ أو الانفساخ أو القسمة وحدها في كون العامل أجنبياً عن المال والربح الحاصل من المال، فان المقتضي على حسب ماذهب اليه الماتن هو اجتماع الثلاثة. والمفروض أن الفسخ أو الانفساخ وارد على المال، ولكن يبقىٰ اثنان منهما فمتى وجدا تتحقق أجنبية العامل عن رأس المال، والافان التفويض المطلق الذي كان مناط عقد المضاربة فيه باقياً فيمكن للعامل أن يتصرف في المال على ماكان عليه. فالأوجه أن يقال: انه بعد تحقق الفسخ أو الانفساخ ولم تتحقق القسمة ولم يحصل الانضاض يكون العامل متصرفاً في المال و مسلطاً عليه كما كان قبل الفسخ كما هوظاهر.

الفرع الثاني: في هذا الفرض الذي ذكره الماتن لوطرأ الفسخ أو الانفساخ والمال عروض، فهل لأحدهما اجبار الآخر ببيعه و تسليم صاحبه بما يملكه، أو ليس لأحدهما حق في ذلك؟

فيمكن أن يقال: ان العامل انما يكون شريكاً مع المالك في رأس المال بأزاء العمل الصادر منه، والمفروض أن المال غير ناض، فالعامل قبل الانضاض مسيطر على المال ويكون له بيع المال ولا تكون شركته في المال على حساب باقي الشركات، فان المال مفوض الى العامل لحساب الحاصل من عمله، ولم تتحقق القسمة والانضاض حتى يكون أجنبياً عن المال.

و نتيجة ذلك كله: ان له التصرف في المال حتى تتحقق الأمور الثلاثة، فمع اعوزاز أحدهما لامجال لكونه أجنبياً عن المال، وان حصل الفسخ أو الانفساخ فيكون له بيع المال و التصرف فيه، لتحقق الانضاض والقسمة والفسخ فيه، فما دام يحتاج لواحد من هذه الأمور يكون له التصرف في المال، ولايكون منع المالك موجباً لحرمة تصرفه الا اذا كان موجباً لخيانة العامل في المضاربة، كما حقق في محله سابقاً، فالعامل مسيطر على المال قبل القسمة أو الانضاض.

وأما المالك ففي هذا المجال له طلب البيع قبل الانضاض أو القسمة، فان

....

المالك قد فوض العامل على ماله بالتفويض المطلق، ولايكون خارجاً عن هذا التفويض المطلق الا باجتماع الأمور الثلاثة للفسخ بعد القسمة والانضاض.

ومن الواضح أن العامل مسيطر على المال، ولا يخرج عن سيطرته بالفسخ فقط حتى يستقيم للمالك اجازة العامل بالبيع.

وأما مسألة «على اليد» فقد عرفت كيفية الاستظهار منها في المسألة السابقة، فاللازم من مقتضى «على اليد» هو نقدية المال حتى يجبر العامل على البيع كما هو واضح، فلا تجب اجابة المالك بل لايجوز له ذلك.

الفرع الثالث: هل يجب على العامل الانضاض. فان مقتضى يده ذلك وضعاً، فان المعيار الكلي في المقام هو أن العامل والمالك لما اشتركا في المضاربة وكان العمل من العامل والمال من المالك تسليط المالك على ماله المضارب بأزاء عمل العامل لتحصيله الربح، والعامل سلط المالك على عمله بأزاء تسليطه للمال لجهة تحصيله للربح. والمفروض أن الربح حاصل و طرأ الفسخ أو الانفساخ على هذا المال، فيكونان شريكين في المال.

ومن الواضح أن شراكتهما في المقام لا تكون كسائر الشركات، فان العامل يكون شريكاً مع المالك وله التصرف في الربح الموجود في هذا المال الا اذا كان موجباً لتضرر الشريك الآخر، فان ذلك لايكون من ناحية «لاضرر»، فلا اطلاق له في المقام، لأن أدلة «لاضرر» تكون امتنانية، ومامن شأنه الامتنان لايكون جارياً في السلطنة، فان أدلة السلطنة امتنانية، فلا تكون جارية في الضرر لأنه امتنان.

وفي هذا المجال لا تكون لأدلة «لاضرر» اطلاق يشمل حتى مورد أدلة السلطنة، و كذلك أدلة السلطنة لا اطلاق لها يشمل مورد الضرر، بل أدلة الضرر قاصرة عن الشمول لمورد السلطنة وأدلة السلطنة قاصرة الشمول ايضاً لمورد الضرر.

فاذا عرفت هذه المقدمة فالمورد من هذا القبيل، فان العامل والمالك شريكان في المال ولهما السلطنة على رأس المال والربح، ولكن هذا الاشتراك مع سلطنة

(السادسة)- لوكان في المال ديون على الناس فهل يجب على العامل أخذها و جبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا؟ وجهان، أقواهما العدم، من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو

العامل على حفظ ماله اذا لم يكن موجباً لتضرر شريكه و للمالك السلطنة على حفظ ماله كذلك فنفس الشركة باقية، الا الشركة الاشاعية، فانه ليس للسلطنة اطلاق يقتضي بقاؤه على شركته الاشاعية. وهكذا القول في المالك، فالسلطنتان قاصرتان عن الاطلاق لمورد الشركة الاشاعية. فانا لو كنا و دليل السلطنة لنحكم بعدم امتنانيته، ففي المورد الذي يكون العامل والمالك شريكين فيه فتصرف كل واحد منهما في المال يستلزم التصرف في مال الشريك الآخر ولايكون الخروج منه الا بالانضاض والقسمة.

و حينئذٍ فان الانضاض والقسمة مع عدم السلطنة المطلقة يكون ضرراً على الشريك، فان رضي الشريك الآخر فهو والا فيجبر عليه لقاعدة السلطنة. فالانضاض والقسمة من الأمور الوضعية متخذ من مضاربة المالك والعامل، ولا يمكن لهما الا الرضا بالانضاض والقسمة، فان الشريك مسلط على ماله ولا يمكن التصرف فيه لاستلزامه التصرف في مال الآخر و بهذا يعرف سرالمقام، و يجب على غيرالراضي بالانضاض أو القسمة رضاه ولو من جهة الأمر بالمعروف والا فيرجع الى الحاكم.

الفرع الرابع: ان الخسارة الواردة على رأس المال بعد القسمة وقبل الانضاض، لا دليل على القول بعدم وجوب الانضاض أوحتى القسمة، ولايكون الا السلطنة الموجودة لهما، أي العامل والمالك. فان السلطنة تقتضي القسمة والانضاض كما عرفت. وهذه الشركة الموجودة في المقام -وهي الاشاعية- لامناص في لزوم هذه الأمور فيها، وان أغمضنا النظر عن ذلك فلاوجه لتحمل العامل خسارة الجبران الوارد على المال، لأنه قد فسخ المضاربة أو تفاسخا، فلايكون وجه لتحمله لكونه أجنبياً عن مال المضاربة.

المالك [١].

---

[١] هنا كلام الماتن على القاعدة التي استفدناها من الأدلة، لأن الفسخ أو الانفساخ الوارد على مال المضاربة يوجب أن يكون العامل أجنبياً عن مال المضاربة، ويكون الفسخ أو الانفساخ موجباً لعدم الاجازة من الأول. وهذا كبروياً صحيح، ولكن ليس له ارتباط بالمقام، لأن المضاربة بعد الفسخ أو الانفساخ من قبل العامل أو المالك قبل الانضاض والقسمة لم تتحق حتى تترتب عليها الصغرى.

وعلى هذا فقبل جباية العامل المال من الدائنين لايكون الا في صورة تحقق الانضاض، فيكون الفسخ أو الانفساخ موجباً لكون العامل أو المالك أجنبياً عن المال، وتحقق هذا يقتضي اجتماع الأوصاف الثلاثة، و قبله لا تكون الجهتان مجتمعتين فيه حتى يكون العامل أجنبياً عن المال. هذا أولاً.

و ثانياً فان الفسخ تارة يكون من المالك و أخرى يكون من العامل، وعلى كلا التقديرين -اذا كان مسبوقاً بالعقد- فتارة يكون فسخاً و أخرى يكون انفساخاً، فان في هذه الأمور لا اشكال في صحة العقد قبل ذلك شرعياً أو تشريعياً.

وعليه فلايكون المالك أو العامل مقدماً على هذه المعاملة والمضاربة الفاسدة.

و نتيجته: ان أمر المالك يكون موجباً لهذه الديون لأجل الاسترباح، سواء كان بأمر المالك أصالة أو تشريعاً. ومن الواضح أن العامل أو المالك لايكونان في راحة من هذه المعاملة بمجرد الفسخ أو الانفساخ. وعلى هذا فان الديون اذا كانت باجازة المالك المعاملي بعد الفسخ و القسمة والانضاض لايجب على العامل تحصيلها وان كان الفسخ من ناحية العامل، لأن التصرفات صدرت واقعاً أو تشريعاً من المالك، والمالك حقيقة مقدم. وهكذا لوكان الفسخ أو الانفساخ من قبل العامل، فان المالك والعامل مقدمان بهذه المعاملة الموجبة للربح والاقدام الموجب للربح موجب لهذه الديون، فلايكون العامل محصلاً لها إلا اذا كان محتاجاً للانضاض والقسمة. حتى لوقال أحدهما أمنشأ للفسخ أو الانفساخ راضياً بارتجاع

(السابعة)- اذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه فيما مرمن الأحكام[١].

(الثامنة)- لايجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخلية بين المالك وماله، فلايجب عليه الايصال اليه. نعم لو أرسله الى بلد آخر غير بلد المالك -ولو كان باذنه- يمكن دعوى وجوب الرد الى بلده، لكنه مع ذلك مشكل.

وقوله عليه السلام «على اليد ما أخذت» أيضاً لايدل على أزيد من التخلية.

واذا احتاج الرد اليه الى الأجرة فالاجرة على المالك كما في سائر الأموال. نعم لوسافر به بدون اذن المالك الى بلد آخر وحصل الفسخ فيه، يكون حاله حال الغاصب في وجوب الرد و الأجرة، وان كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعي ،من عدم جوازالسفر بدون اذنه[٢].

الجنس بما هوعليه من كونه غير ناض، فان القبول بهذا المعنى لايوجب أجنبيته عن المال،فان على العامل أن ينض المال،لأن«على اليد» كماذكرنا تقتضي ذلك.

[١] ان العقود الاذنية -كما سبق منا- لا تكون الا على نحوتعدد المطلوب بالنسبة الى المالك، وأما بالنسبة الى العامل فيكون هوسنخ العامل على ماهو المستفاد من الأدلة. وعلى هذا لا تكون المضاربة باطلة لابموت المالك ولا بموت العامل، فيكون وارث كل منهما قائماً مقامه.

مضافاً الى أن سلطنة العامل باقية على رأس المال والربح اذا كانت المعاملة بينهما قائمة غير منفسخة ولا نضوض ولا قسمة، واذا لم تجتمع فيها الشروط اللازمة لكونه أجنبياً عن المال فقهراً يقوم الوارث مقامه بموته، وهكذا المالك اذا لم يكن واجداً للشروط الموجبة لصيرورته أجنبياً عن المال،من غيرنقاش بعدما أوضحناه في محله.

[٢] في هذه المسألة نقاط نبحثها على التوالي:

....

النقطة الأولى: لوطرأ الفسخ أو الانفساخ، فهل يجب على العامل التخلية بين المالك و ماله أو يجب عليه التأدية الى المالك؟

قد سبق منا أنه يجب على العامل التأدية الى المالك ولا تجوز التخلية وحدها. وهو مقتضىٰ القاعدة بتفصيل قدمناه.

ولا تكفي التخلية بينه و بين المال اذا كان واجداً للشروط التي يكون العامل فيها أجنبياً عن المال.

النقطة الثانية: بعد أن قلنا بأن الأداء انما يكون باستيلاء المالك وامكان الاستدلال له باليد التي هي الكبرىٰ والعموم يشمل جميع الأيادي أمانية كانت أو خيانية، فانها تدل على الضمان وتكون اليد الأمانية واردة على هذه اليد، فورود «على اليد» الدالة على الضمان يوجب خروج اليد عن التأثير في الضمان تلقائياً.

و نتيجة ذلك: ان ماهو السبب الرئيسي للضمان يكون شموله في الأيادي الأمانية خارجاً عنه تخصصاً، و بعد خروجه التخصصي اذا كان الفسخ أو الانفساخ طارئاً عليه و خرج من كونه يد أمانية فكبرىٰ «على اليد» يكون شاملاً له، و بعد شمول الكبرىٰ فان غاية اليد هو الأداء، و ذلك لايراد منه الا السلطنة للمالك بما كان تحت يد العامل.

وفي المقام لما كان «على اليد» مغيىٰ بالأداء، فيمكن أن يقال: بان الأداء يصدق في مورد التخليه ولا يحتاج الى الأداء المباشر الذي قلنا به في حديث اليد، كماهو نظر الماتن كذلك، فان الغاية لاتكون دخيلة في المغيىٰ، كما هو المعروف من خروج المغيىٰ عن الغاية، فيكتفىٰ بمجرد التخلية أصولياً.

ولكن يمكن المناقشة فيه: بان اثبات اليد عليه من العامل انما يرتفع بمجرد التخلية، وهذابخلاف الوجود الذي اعتبر في اليد، حيث أنها لابد فيها من الأداء الخارجي، وذلك لايتحقق بمجرد التخلية. ومسألة «حتى تؤدي» لما كان عبارة عن الأداء الخارجي بحسب العرف والعرف لايقتضي الا ذلك الأداء خارجاً،

....

فلا تكفي التخلية، لأن العرف لايراه أداءً.

النقطة الثالثة: لوكان العامل بنقله المال الى خارج البلد لأجل الاسترباح، فيكون الاذن العام المستفاد من دليل المضاربة موجباً للتصرف المربح بهذا المال و منها اخراجه عن البلد لأجل الحصول على هذا الاسترباح، و طرأ الفسخ أو الانفساخ على هذا المال والمضاربة، بحيث كان الاخراج من البلد من عوارض المضاربة، فيكون ارجاع رأس المال الى المالك من اطلاق عقد المضاربة.

و نتيجته: أن يكون ما يصرفه العامل لرجوع المال الى بلد المالك متخذاً من أصل رأس المال المشترك بين العامل والمالك، لكون خروجه الى خارج البلد لأجل الاسترباح، فصرف الرجوع من مقتضيات العقد. وكون الصرف من أصل المال -وان كان الفسخ أو الانفساخ طارئاً على العقد- الا أن العقد لما كان مقتضياً لأمور كان مؤثراً في عوارضه، و منها رجوعه الى بلده، فالعقد يقتضي أن يكون للعامل التصرف المربح، فالاطلاق يقتضي خروجه لهذه الأغراض ويكون مجوزاً للعامل بالخروج وأجرته من أصل المال المشترك .

النقطة الرابعة: لوكان خروج المال لأجل الاسترباح ولكن المالك نهىٰ العامل من خروج المال الى بلد آخر والعامل عصى النهي فخرج ثم طرأ الفسخ أو الانفساخ. ففي هذا الفرض من أين يصرف على ارجاع المال الى البلد؟

يمكن أن يجاب بجوابين:

الأول: انه بمجرد عصيان العامل للنهي يكون مال المضاربة ملغى من جهة المالك، وتكون جميع تصرفات العامل في هذا المال فضولية، ويكون باخراجه للمال ضامناً لرأس المال والربح والحاصل منه. و نتيجته كون العامل غاصباً يؤخذ بأشق الأحوال، فيجب عليه ارجاع المال الى المالك ولا يستحق شيئاً من ربح المسمىٰ أصلاً. بل ان ربح تكون له أجرة المثل وان لم يربح فليس له من الأجرة شيء.

(مسألة ٤٧)- قد عرفت أن الربح وقاية لرأس المال، من غير فرق بين أن يكون سابقاً على التلف أو الخسران أو لاحقاً، فالخسارة السابقة تجبر بالربح اللاحق و بالعكس.

ثم لايلزم أن يكون الربح حاصلاً من مجموع رأس المال، وكذا لايلزم أن تكون الخسارة واردة على المجموع. فلو اتجر بجميع رأس المال فخسر ثم اتجر ببعض الباقي فربح، يجبر ذلك الخسران بهذا الربح. وكذا اذا اتجر بالبعض فخسر ثم اتجر بالبعض الآخر أو بجميع الباقي فربح.

ولايلزم في الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربة حال حصولها، فالربح مطلقاً جابر للخسارة والتلف مطلقاً مادام لم يتم عمل المضاربة.

ثم انه يجوز للمالك أن يسترد بعض مال المضاربة في الأثناء، ولكن تبطل بالنسبة اليه و تبقى بالنسبة الى البقية وتكون رأس المال. و حينئذٍ فاذا فرضنا أنه أخذ بعد ماحصل الخسران أو التلف بالنسبة الى رأس المال مقداراً من البقية ثم اتجر العامل بالبقية أو ببعضها، فحصل ربح يكون ذلك الربح جابراً للخسران أو التلف السابق بتمامه.

مثلاً: اذا كان رأس المال مائة فتلف منها عشرة أوخسر عشرة و بقي تسعون، ثم أخذ المالك من التسعين عشرة و بقيت ثمانون، فرأس

الثاني: ان العامل و المالك مالكان للربح و رأس المال، ومن الواضح أن ملكيتهما على نحو الاشاعة، فتوجب هذه الملكية سلطنة لكل واحد منهما مطلقاً، الا اذا أوجبت التزاحم مع سلطنة الآخر، فلكل له السلطنة على ماله الا اذا زاحمت السلطنة الأخرىٰ،فتجب القسمة والانضاض ومصارف الرجوع الى بلده و غير ذلك حين الفسخ، لأجل تسلط العامل والمالك على ماله؛ واستصحاب السلطنة لايكون

المال تسعون، واذا اتجر بالثمانين فصار تسعين فهذه العشرة الحاصلة ربحاً تجبر تلك العشرة ولا يبقىٰ للعامل شئ. وكذا اذا أخذ المالك بعد ماحصل الربح مقداراً من المال- سواء كان بعنوان استرداد بعض رأس المال أو هو مع الربح أو من غير قصد الى أحد الوجهين- ثم اتجر العامل بالباقي أو ببعضه فحصل خسران أو تلف يجبر بالربح السابق بتمامه حتى المقدار الشائع منه في الذي أخذه المالك، ولايختص الجبر بما عداه حتى يكون مقدار حصة العامل منه باقياً له.

مثلاً: اذا كان رأس المال مائة فربح عشرة، ثم أخذ المالك عشرة، ثم اتجر العامل بالبقية فخسر عشرة أو تلف منه عشرة، يجب جبره بالربح السابق حتىٰ المقدارالشائع منه في العشرة المأخوذة، فلا يبقىٰ للعامل من الربح السابق شئ.

وعلى ماذكرنا فلاوجه لما ذكره المحقق و تبعه غيره من أن الربح اللاحق لايجبر مقدار الخسران الذي ورد على العشرة المأخوذة، لبطلان المضاربة بالنسبة اليها، فمقدار الخسران الشائع فيها لاينجبر بهذا الربح، فرأس المال الباقي بعد خسران العشرة في المثال المذكور لايكون تسعين بل أقل منه بمقدار حصة خسارة [١] العشرة المأخوذة وهو واحد وتسع، فيكون رأس المال الباقي تسعين الا واحداً و تسع وهي تسعة و ثمانون الا تسع.

من الاستصحاب التعليقي كما توهم، بل انما يكون من جهة السلطنة للمالك والعامل على مالهما، ولا تكون مطلقة بل تكون سلطنة ناقصة حتى تجتمع فيها الجهات الثلاث.

[١] في هذه المسألة نقاط من البحث:

النقطة الأولى: ان عنوان المضاربة اذا كان باقياً ولم يطرأ عليه الفسخ ولا

وكذا لاوجه لما ذكره بعضهم في الفرض الثاني أن مقدار الربح الشائع في العشرة التي أخذها المالك لايجبر الخسران اللاحق وان حصة العامل منه يبقى له ويجب على المالك رده اليه. فاللازم في المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذكور.

بل قد عرفت سابقاً أنه لوحصل ربح واقتسماه في الأثناء وأخذ كل حصته منه ثم حصل خسران، أنه يسترد من العامل مقدار ما أخذ، بل ولوكان الخسران بعد الفسخ قبل القسمة، بل أو بعدها اذا اقتسما العروض و قلنا بوجوب الانضاض على العامل وأنه من تتمات المضاربة.

الانضاض ولا القسمة، تكون السلطنة الواردة عليه من المالك والعامل دائرة مدار العنوان لايضعضعها شيء. فالخسارة والربح ينجبران برأس المال، فمال المضاربة عام اذا وردت عليه الخسارة كالربح ينجبر برأس المال،سواء كان الربح أولاً ثم لحقته الخسارة أو بالعكس. فالخسارة الواردة على المال تنجبر مطلقاً بالربح الحاصل من المال.

و حينئذٍ لوضارب العامل و تمت المضاربة بالانضاض والقسمة والفسخ ثم حصل خسران في نفس العقد، يكون العامل كالمالك ، فلابد أن يجبر الخسارة الآتية بعد ذلك من نفس المال.

النقطة الثانية: بعد أن كان عقد المضاربة جائزاً تلقائياً فللمالك أن يسترد بعض رأس ماله في أثناء التجارة، كما أن للعامل أن يقول: بأن العمل زائد من قبله. فيمكن أن يقصر في عمله، لأن شأن المضاربة يقتضي ذلك ، فتقصير العامل في خدماته المرجوعة عليه و كذلك المال المعطىٰ للتجارة اذا أخذ منه يكون الربح الحاصل من المال بمقدار المال وتارة يكون بأقل من ذلك ، فان العامل انما يحاسب في الربح بمقدار الربح الحاصل من المال.

....

ومن الواضح أن هناك عام و كبرى عبارة عن مال المضاربة، و هذا يخصص بالبعض بمقدار يسترد منه المالك. فلو فرضنا أن العقد الواقع على مائة والمالك استرد عشرة فبقي تسعون وكان العامل قد ربح عشرة، فالربح والخسران الوارد على هذا المال انما يرد على العام في عرض واحد، بمعنى أن العام -أي مال المضاربة- ورد عليه التخصيص بارجاع المالك مقداراً منه. و هناك مخصص آخر ورد عليه بربح العامل مقدار منه حسب التفاهم و وردت عليه خسارة، فلابد وأن ينجبر بالربح، فالتخصيصات انما ترد على رأس المال في عرض واحد وليس لأحدهما تقدم على الآخر.

و نتيجة ذلك: إن المفروض كون رأس المال مائة و وردت هذه التخصيصات على هذا المال، فلايكون أحدهما مقدماً على الآخر، فيكون رأس المال بمائة مورداً لهذه التخصيصات، فيؤخذ الربح الذي يكون للعامل وارجاع رأس المال من المالك والخسران الوارد على هذا المال من المائة، ولا يكون مجال لتقدم أحدهما على الآخر، فيكون رأس المال المائة يخرج عشرة منه لارجاع المالك في حين أخذ مقدار الربح الى العامل الذي كان رأس ماله مائة، في حين أنه يأخذ منه مقدار الربح الواصل الى مال العامل في حين يؤخذ منه الضرر الوارد على المال، اذ المفروض أن استرداد المالك لعشرة لم يتحقق انضاض ولا قسمة، فتكون سلطنة العامل على المال بحالها بمقتضى العقد.

و كذلك الربح الحاصل من المال أيضاً يحسب بذلك الحساب لأن استرداد المالك مقداراً من المال قبل الانضاض والقسمة لايؤثر في رفع سلطنة العامل ولا المالك في هذا المال، فتكون سلطنة باقية على ذلك الحساب. ويكون الحق مع المشهور في هذا الفرض، كما سيأتي في طي المسائل اللاحقة في التبعيض في الفسخ، فيحسب على ذلك الحساب.

و كذلك الضرر الوارد على المال أيضاً يؤخذ بذلك الحساب، لأن أخذه انما

....

يكون قبل القسمة والانضاض وان فسخا من ناحية المالك، الا أن الضرر الوارد على العقد كان من مقتضياته، الا أن السلطنة انما تكون باقية لأن يصل جبران هذا الضرر من ناحية رأس المال، فلايكون موجباً لرفع السلطنة من العامل والمالك في جبران هذا الضرر عن رأس المال. وهكذا الربح الحاصل من هذا المال يكون من جميع المال بعد عدم الانضاض والقسمة يكون مأخوذاً من أصل المال.

وهكذا الخسران الوارد على المال يكون مأخوذاً من أصل المال، ولايكون امتياز في هذا المال على ذاك ؛ فاذا كان المال مائة فتلف منها عشرة فالتخصيص الوارد على المال يكون هوالعشرة، أو خسر عشرة و بقي تسعون مثلاً فان الخسارة لا توجب خروج المال عن سلطنة المالك أو العامل، بل بوجود السلطنة يوجب أن يعطى الخسارة الواردة على المال ثم أخذ المالك عشرة من المال الموجود عند العامل و بقي ثمانون، فان رأس المال لما كان مائة و ورد عليه هذا التخصيص فان مال المضاربة على حاله و وردت عليه هذه النواقص. فورودها لايوجب أن يكون المال مقيداً بعدم طرو هذه العوارض عليه، كالتخصيصات الواردة على العام بلا امتياز لأحد هذه الأمور على الاخر، فيخرج من أصل راس المال.

فاذا اتجر بهذه الثمانين فصارت تسعين، فالعشرة الرابحة منه تكون بين العامل والمالك والخسارة الواردة على رأس المال مأخوذة من رأس المال، ولا ربط له بالعامل حتى يقال بصحة ما ذهب اليه الماتن، اذ لا يكون امتياز بين العامل والمالك في هذه المرحلة، فيكون هذا الربح شريكاً فيه العامل مع المالك.

النقطة الثالثة: فيما لوأخذ المالك مقداراً من المال بعد حصول الربح الحاصل من رأس المال، فان كل هذه الأمور ناتجة عن غفلة الماتن لما يكون مجمعاً عليه عند الأصحاب (رضوان‌الله تعالى عليهم) من أن رأس المال لابد وأن يكون نقداً، فقهراً يكون المال المعطىٰ الى العامل بعد حصول الربح يصير مشتركاً بين العامل والمالك و مسألة الانضاض والقسمة و وجوبهما لأجل الامتياز بين مايملكه العامل

(مسألة ٤٨)ـ اذا كانت المضاربة فاسدة، فاما أن يكون مع جهلهما بالفساد أو مع علمهما أو علم أحدهما دون الآخر. فعلى التقادير الربح بتمامه للمالك، لاذنه في التجارات وان كانت مضاربته باطلة. نعم لوكان الاذن مقيداً بالمضاربة، توقف ذلك على اجازته، والا فالمعاملات الواقعة باطلة. وعلى عدم التقيد أو الاجازة يستحق العامل مع جهلهما لأجرة عمله.

والمالك، الذي قلنا بأن السلطنة تقتضي ذلك فيكون رأس المال مشتركاً بين العامل والمالك. و هذا الامتياز هو الذي قادنا الى وجوب الانضاض والقسمة.

وهذا أيضاً يكون في الخسارة الواردة على المال، فانها تكون مشتركة بين العامل والمالك، و كذلك الربح الحاصل اذا أخذ فانه يكون من المال المشترك .

وحينئذٍ فلايمكن أن يكون العامل خاسراً للمال، فليس له مال حتى يضمن الخسارة. نعم لابد وأن يسترد المال المعطىٰ لرأس المال، ولكن اعطاءه يكون من نفس هذه الرقبة، فالخسارة مشتركة بين العامل والمالك. و نتيجته: ان المقدار المفروض في كلام الماتن لما كان مائة واسترد المالك عشرة و ربح العامل عشرة، فان المسترد الى المالك لم يكن فيه منجبراً من العامل، لأن رأس المال قد نقص منه عشرة و ربح العامل عشرة، فان الخسارة الواردة على المال تنجبر بالربح.

و حينئذٍ لما كان رأس المال عبارة عن مائة ولم يكن انضاض ولا قسمة، بل استرد المالك كما قلنا مقدار العشرة، فيكون المالك والعامل مسيطرين على المال. فمال المضاربة هو عبارة عن مائة والضرر الوارد على المال انما يلاحظ بالمجموع، فيؤخذ من المائة التي هي عشر المال كما هو المفروض، فتكون الخسارة المأخوذة واحداً من عشرة، والمفروض من المائة والربح الوارد على التجارة أيضاً واحد من المائة، اي عبارة عن عشر المائة، فيبقى ثمان و ثمانون يكون أصل رأس المال ثمانين والثمانية تكون ربحاً بين العامل والمالك.

وعلى هذا يكون الربح عائداً الى رأس المال والخسارة الواردة على رأس المال

وهل يضمن عوض ما أنفقه في السفر على نفسه لتبين عدم استحقاقه النفقة أولاً لأن المالك سلطه على الانفاق مجاناً؟ وجهان، أقواهما الأول ولايضمن التلف والنقص.

وكذا الحال اذا كان المالك عالماً دون العامل، فانه يستحق الأجرة ولا يضمن التلف والنقص.

واسترداد رأس المال بعد أن لم يكن انضاض ولا قسمة ولا فسخ، فلا تكون الخسارة واردة على رأس المال والربح وارد على عمل العامل للاسترباح، فتكون الخسارة متميزة عن رأس المال. ولكن لمكان أن المالك استرد من المال عشرة فلم يكن عند العامل مال حتى يقاس منه الاسترباح، فيكون الربح قياساً للمال الذي يكون عنده -وهو مائة الا واحداً من العشرة- كما هو واضح عند التدبر.

النقطة الرابعة: لا اشكال أن اطلاق الأدلة يقتضي أن يكون النقصان الوارد على رأس المال منجبراً بالربح. وهذا اطلاقه يقتضي كون ذلك بعد القسمة والانضاض، فان اطلاق الأدلة يقتضي ذلك.

وهذا مما لا اشكال، وأما قبل الفسخ والقسمة والانضاض فلا اشكال فيه أيضاً، وكان الكلام الذي قلنا به هو أن يكون الفسخ طارئاً قبل الانضاض أو القسمة وأنه مورداً للسلطنة كما عرفت، لأن مسألة السلطنة تقتضي ذلك.

النقطة الخامسة: ان كلام المحقق ومن تبعه متين، لأن رأس المال لما كان مائة وكان اتجار العامل على هذا المال باعتباره مائة فكان الربح الحاصل عبارة عن رأس المال يكون مائة، و بعد استرباح العامل بهذا المال و حصول الربح منه يقتضي أن يكون جميع هذا المال رأس مال بتمامه.

و حينئذٍ فالخسارة الطارئة على هذا المال انما تكون واردة على المائة، فينتج أن الخسارة واردة على المال الذي استرد منه المالك عشرة، فالخسارة انما وردت على المائة التي استرد منها العشرة، فالضرر انما ورد على التسعين، لأن العشرة المأخوذة بربحها و أصلها خرجت عن الدور، فيبقى عند العامل تسعين مع الربح

وان كانا عالمين أو كان العامل عالماً دون المالك فلا أجرة له، لاقدامه على العمل مع علمه بعدم صحة المعاملة.

و ربما يحتمل في صورة علمهما أنه يستحق حصته من الربح من باب الجعالة. وفيه: ان المفروض عدم قصدها، كما أنه ربما يحتمل استحقاقه أجرة المثل اذا اعتقد أنه يستحقها مع الفساد. وله وجه، وان كان الأقوى خلافه.

الموجود من المائة. وعلى هذا يكون استرداد مقدار التسع الذي استرد الى المالك مخلوطاً مع الربح والخسارة الواردة على رأس المال، فتكون بهذه الضميمة، فما أخذه المالك يسترد منه لجبران الخسارة، وما ربحه العامل انما يكون مساوياً لواحد من المائة، فتكون الخسارة مساوية لواحد من المائة كالربح. واطلاق الأدلة يقتضي استرداد ما أخذه المالك، فيكون ذلك واحداً من المائة، أي عشرة. فهذه العشرة واحد من عشرة سهام، و كذلك الربح أي العشرة اي واحد من العشرة سهام تكون في مال المضاربة الذي لم يطرأ عليه الفسخ ولا الانضاض ولا القسمة، فلم يكن رأس المال بهذا الإسترداد متغيراً عن رأس ماله، فلا تكون الخسارة مأخوذة الا من المائة والربح أيضاً لايكون مأخوذاً الا من المائة، فالكسر المأخوذ من المال هو استرداد العشرة الذي يكون العامل والمالك شريكين فيها، والخسارة تنجبر بهذا الاسترداد من الأموال المشتركة. وأما الربح الحاصل في المال فانه قد أخذ المالك عشرة ولم يكن هناك انضاض ولا قسمة، فيكون رأس المال على حد المائة التي كانت هي رأس المال، فالخسارة الطارئة انما تكون طارئة على المائة والربح الطارئ انما يكون طارئاً على المائة، فالمالك يسترد منه ما أخذ واسترداده يكون من المال المشترك بين العامل والمالك، وهذا الاسترداد يوجب كون العامل والمالك متضرراً للخسران بالنصف. و نتيجة ذلك: ان العامل لايكون له من الربح الموجود في العشرة التي أخذها المالك واسترد من العامل شيئ، لأنه قد استعاض للخسارة، وأما العامل فياخذ من الربح الذي استربحه بعد تحمل الخسارة.

هذا كله اذا حصل ربح ولو قليلاً، وأما مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الأجرة ولو مع الجهل مشكل، لأقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول الربح. وعلى هذا ففي صورة حصوله أيضاً يستحق أقل الأمرين من مقدار الربح وأجرة المثل، لكن الأقوىٰ خلافه، لأن رضاه بذلك كان مقيداً بالمضاربة. ومراعاة الاحتياط في هذا و بعض الصور المتقدمة أولىٰ [١].

ولكن الفرق بين ما استفدناه وما استفاده المحقق والبعض، حيث أن المضاربة لم تبطل، و صحتها معناه عدم خسران العامل لشيْ سوى ما أخذه المالك من رأس المال والربح الذي ملكه بالاسترباح، فالمقدار الذي استرده المالك وان كان فسخاً عملياً الا أنه لايوجب بطلان المضاربة، ولكن المحقق قال ببطلان المضاربة. و هذا هوالفارق.

وقد ظهر من هذا البيان ماأسند الى البعض، فان القسمة اذا كانت بدون الانضاض لا تكون رافعة لسلطنة العامل، على مامر من التفصيل الذي ذكرناه فلا نعيد.

[١] تقدم البحث عن فروع هذه المسألة فيما مر، وقد كررها الماتن، ونحن على حذوه فانها تشتمل على نقاط من البحث كالآتي:

١- فيما لوكانت المضاربة فاسدة.

٢- علم العامل بفسادها.

٣- علم المالك بفسادها.

٤- كون المالك يضارب بالمضاربة الصحيحة.

٥- كون استرباح العامل بالمال على انها مضاربة صحيحة.

٦- بناء العامل والمالك على فسادها و مع ذلك يتعاملان بها.

٧- بناء العامل والمالك على ان المضاربة صحيحة.

٨- تارةتكون المضاربة في جميع هذه الصوره مربحة وأخرىٰ لا تكون كذلك.

....

٩- وعلى جميع هذه التقادير تارة يكون العقد منفسخاً و باطلاً و أخرى مفسوخاً من طرف المالك.

١٠- كون الفسخ من طرف العامل.

هذه الصور المتصورة في المقام، وقد أوضحناها في تضاعيف كلماتنا المتقدمة بأقسامها. وحيث كررها الماتن ثانية هنا فلا بأس باعادتها بصورة سريعة:

الأول: اذا كان العقد منفسخاً لخلل في العقد وكان المالك والعامل عالمين بفسادها وكانت المعاملة مربحة. فان رأس المال والربح الحاصل منه داخل في ملك المالك، و حيث أن المال مربح يكون للعامل أجرة المثل لعمله، ولكن تصرفاته في المال تكون فضولية. الا أن علم المالك بالفساد يوجب أن تكون تصرفات العامل مجازة من قبل المالك، لأن المالك يضع ماله في يد العامل مجاناً بازاء الربح الذي يصل اليه من المال و يجيز تمام تصرفاته. و هذا يقتضي علمهما بفساد العقد، فاقدامهما يكون مشروعاً في الالتزام بهذا العقد، ويكون على نحو تعدد المطلوب، فان الاذن العام المستفاد من العقد تارة يكون على نحو وحدة المطلوب وأخرى يكون على نحو تعدد المطلوب.

ومن الواضح أن الاذن العام المستفاد من المضاربة انما يكون لأجل حصول الربح، وهو يقتضي أن يكون على نحو تعدد المطلوب كما عرفت. فتكون المعاملات الواقعة غير فضولية، لأن اطلاق العقد يقتضي ذلك، ولو كان بنحو وحدة المطلوب فانه يحتاج الى القرينة تخص هذه الجهة، والا فان الاطلاق يقتضي الانحياز للربح ولو كانت المضاربة فاسدة.

وعلى هذا فلايكون المالك مقدماً لاعطاء ماله مجاناً، ولا قيام العامل بعمله مجاناً بل بازاء الربح الحاصل من هذا المال، ولو كان تشريعاً كما هو واضح. فالربح كله للمالك، والعامل لو لم يكن عالماً بفساد العقد كان عمله بأزاء أجرة المسمى، ولكن لمكان علمه بفساد المعاملة وكان عمله بأزاء الربح فتكون له أجرة

....

المثل.

الثاني: ان في هذا الفرض يكون ما يصرفه العامل في سفره لأجل الاسترباح والتلف العارض على المال من جهة السفر والعوارض الواردة على رأس المال، يكون لأجل الاسترباح، مع أن العامل والمالك عالمان بفساد المعاملة. فيكون اقدامهما لأجل الاسترباح، فلا يضمن العامل هذه التصرفات المتلفة الجالبة للربح ولايكون قائماً بالعمل مجاناً، كما أن اقدام المالك لايكون مجاناً بل بأزاء الربح بالأمر أو التشريع.

الثالث: لوكان المالك عالماً بالفساد والعامل جاهلاً به، فان المالك مقدم بالتصرف في المال بأزاء الربح الحاصل من المال، فيكون اذناً بالاتلاف لأجل حصول الربح. وهذا مما لا اشكال فيه.

الرابع: لوكان المالك عالماً بالفساد والعامل جاهلاً به، فان من الواضح أن جهل العامل لايوجب ضمان التلف الوارد لسفره و سائر اتلافاته المجلبة للربح، كان المالك عالماً بالبطلان أم لا، لان العامل مقدم لحصول الربح ولايكون مقدماً للعمل مجاناً، سواء كان المالك عالماً أو جاهلاً.

وعلى هذا لافرق في ذلك، وعدم هذا الاقدام تارة يكون واقعاً في مورد صحة العقد وفي صورة الفساد يكون مشرعاً لا واقعاً.

وأما ماذهب اليه الماتن من كونه من باب الجعالة، فان الجعالة عبارة أخرىٰ عن الأمر. ومن الواضح أن المالك انما يرىٰ فساد هذا العقد و مع ذلك يجعل العامل مسيطراً على ماله، و معناه أنه يضمن أجرة المثل. وهذا معنى الجعل بالأمر ولايكون أمراً مغايراً، لهذا حتى يقتضي قصده كما توهمه بعض الأساتذة قدس سره. ولكننا لانحتاج الى هذه الجعالة، بل علم المالك بالبطلان يكفي لعدم ضمان العامل في التصرفات المتلفة بأزاء الربح الحاصل من المال ولو كان تشريعاً، كما أن نفس الاعتقاد به يكفي في عدم الاقدام.

....

الخامس: لوكان العلم بالفساد من دون وجود ربح في البين فما هو المصير في المقام؟ فان العامل انما جاز له التصرف في المال بأزاء الربح الوارد من المال، والعقد انما وقع للاسترباح. وفي هذه الجهة يتضح الفرق بين المضاربة والاجارة، فان الاجارة يضمن فيها الأجرة للعامل، سواء استربح بالمال أم لا، فان الأجرة للعامل يستحقها ولولم يصل المالك الى غرضه. و هذا بخلاف المضاربة، فان العامل لايستحق من المالك شيئاً اذا لم يستربح. وفي هذا المقام لو أوقع عقد المضاربة، فان ربح في المال فهو وان لم يربح لايستحق من المال شيئاً لا من أجرة المثل ولا أجرة المسمى.

هذا اذا كان العقد صحيحاً، وهو بخلاف الاجارة، فاستحقاق العامل انما يكون دائراً مدار العمل لا الربح الوارد من رأس المال.

وعلى هذا فان كان العقد منفسخاً أو تفاسخا ولم يربح من المال فلا يستحق العامل شيئاً و يسترد المال الى المالك.

السادس: اذا ظهر أن العقد باطل و سافر العامل بالمال، فهل تكون مصروفاته في السفر على المالك أو أنه يضمنها له؟

ان من الواضح - كما قلنا في علم العامل بالبطلان و علم المالك كذلك - فان علمه بالبطلان لايخرجه عن العمل بأزاء وجود الربح و كذلك جواز تصرف المالك، لاحتمال وجود الربح، فيكون داعيه الى جواز التصرف، فيكون العامل مأذوناً في التصرف لهذا الداعي.

وحينئذٍ لايكون ضامناً في مثل هذه التصرفات، فان المالك قد تخلف في الاجازة للعامل، و تخلفه لهذا الداعي لايوجب أن يكون الأمر غير مأذون فيه.

وأما العامل فان هذه التصرفات كانت من قبله بداعي حصول الربح، ويكون مجازاً من قبل المالك في هذه التصرفات ولم يحصل في هذا المورد على الداعي، فلا يكون ضامناً لهذه التصرفات المتلفة.

....

فتلخص مما ذكرنا: ان العامل في صورة عدم حصول الربح لايستحق لامن أجرة المسمىٰ في صورة الصحة ولا من أجرة المثل في صورة البطلان، وأما المصارف التي صرفها العامل لأجل حصول الربح في صورة علم المالك بالبطلان، فتكون من رأس المال، وهي على عاتق المالك، لأنه من تخلف الداعي الذي يكون المالك ضامناً له.

ولا وجه لما ذهب اليه صاحب الجواهر «قدس سره» من أن في صورة البطلان يكون العامل مستحقاً لأجرة المسمىٰ، لأنه خلاف وضع المضاربة كما عرفت.

السابع: أما لو تفاسخا وكانت المضاربة مربحة، استرد المالك رأس المال والربح الحاصل من المال، ويكون العامل مستحقاً لأجرة المثل لمكان عمله. وتكون جميع المعاملات الواقعة غير فضولية، لأن الفسخ ورد من قبل المالك، و معنى كون الفسخ من قبل المالك أنه يجيز التصرفات من قبل العامل و يحكم بأن المعاملات الى هذا الحين كانت مجازة له و يفسخ بالنسبة الى الأعمال الاتية. وكذلك المصارف التي صرفها العامل للاسترباح تكون غير مضمونة عليه، لأنه صرفها للاسترباح وقد حصل، فلايكون ضامناً لها، وتكون له أجرة المثل كما تقدم.

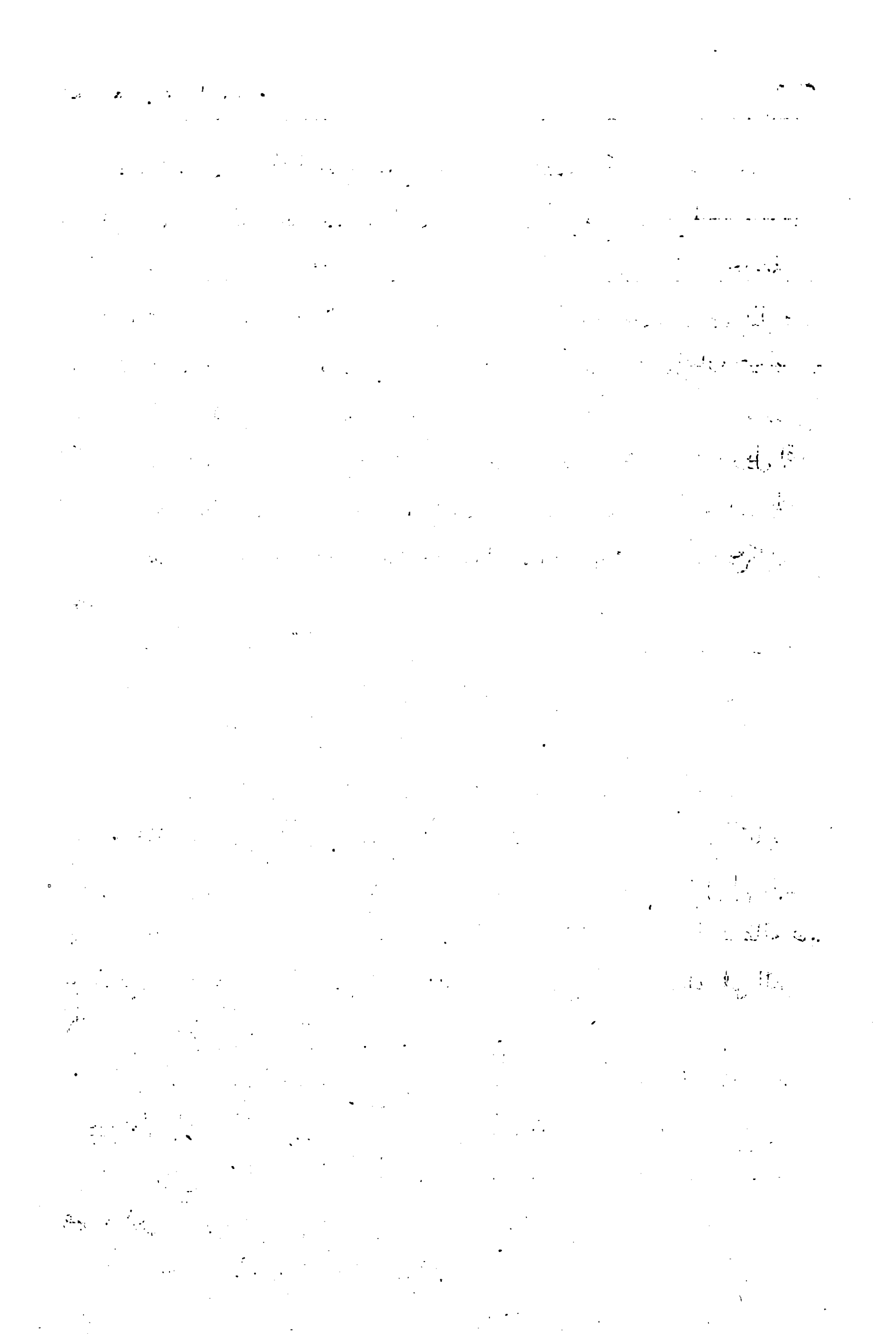
الثامن: لوفسخ العامل بعد أن كان المال في يده واستربح به، فانه يرجع الى المالك بأجمعه. ولكن الفرق أن العامل له أجرة المثل لأنه استربح من المال، فيكون مستحقاً لأجرة المثل لمكان استرباحه. ولكن يفرق عن المعنى الأول أن المعاملات الواقعة من العامل تكون فضولية محتاجة للاجازة، ولايكون فسخ العامل موجباً لكون المعاملات صحيحة.

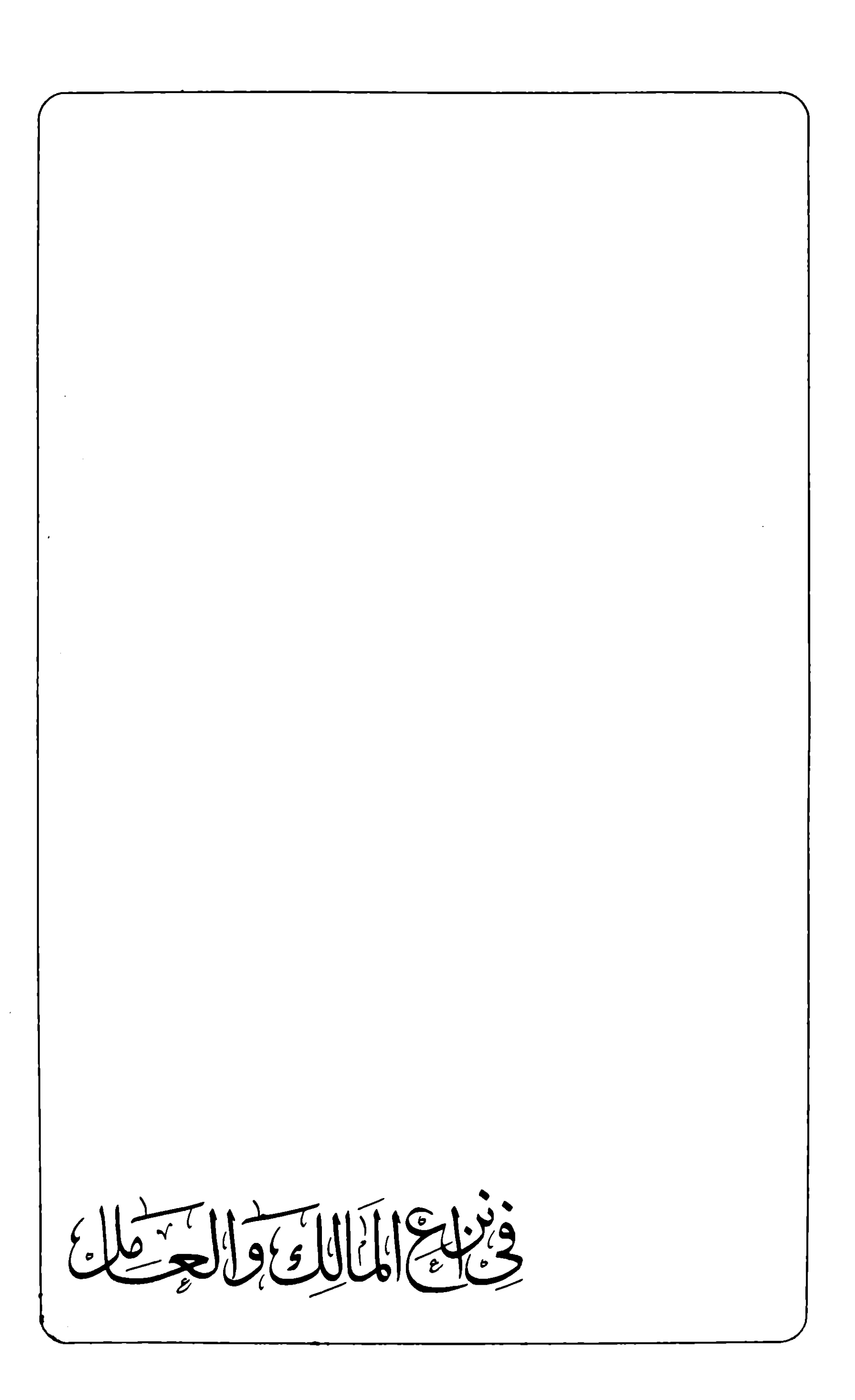
وأما المصارف التي صرفها العامل للسفر و غيره فتكون مأخوذة من رأس المال كما عرفت، لأنه تصرف للاسترباح ولم يحصل له الربح، ولكن معاملاته تكون فضولية محتاجة الى الاجازة.

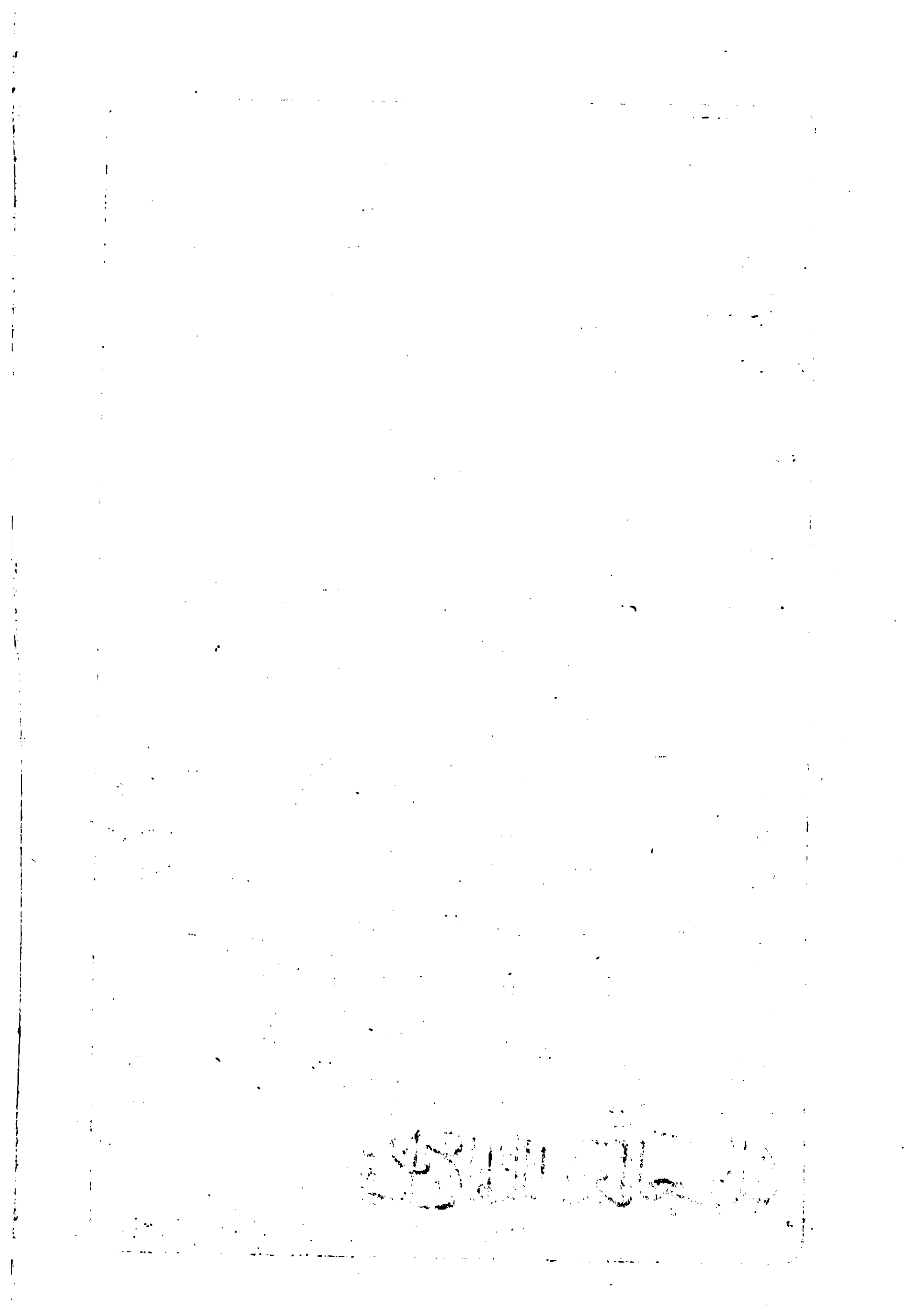
(مسألة ٤٩)- اذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقداراً مضاربة وأنكره ولم يكن للمدعي بينه، فالقول قول المنكر مع اليمين[١].

---

[١] المفروض في هذه المسألة كون المال بيد العامل، فهو والمالك متوافقان على كونه بيد العامل وقد أخذه من المالك، فتكون يد العامل مسيطرة على المال. ولكن المالك يدعي أنه سلطه على المال مضاربة والعامل ينكر ذلك، و معنى انكاره لذلك أن الأصل والربح يكون له بمقتضى يده، والمالك يدعي أن مقدار الربح يرجع اليه، فان يد العامل تقتضي أن يكون رأس المال والربح له، الا أن يقيم المالك بينة على أنه أعطاه المال بعنوان المضاربة، والا فان الأصل يكون مع العامل.




في نزاع المالك والعامل



الفصل الخامس:

في نزاع المالك والعامل

(مسألة ٥٠)- اذا تنازع المالك والعامل في مقدار رأس المال الذي أعطاه للعامل، قدم قول العامل بيمينه مع عدم البينة. من غير فرق بين كون المال موجوداً أو تالفاً مع ضمان العامل، لأصالة عدم اعطائه أزيد مما يقوله، و أصالة براءة ذمته اذا كان تالفاً بالأزيد.

هذا اذالم يرجع نزاعهما الى النزاع في مقدار نصيب العامل من الربح، كما اذا كان نزاعهما بعد حصول الربح و علم أن الذي بيده هومال المضاربة، اذ حينئذٍ النزاع في قلة رأس المال وكثرته يرجع الى النزاع في مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود، اذ على تقدير قلة رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر، فيكون نصيب العامل أزيد، وعلى تقدير كثرته بالعكس. و مقتضىٰ الأصل كون جميع هذا المال[١]. للمالك الا بمقدار ما أقر به للعامل.

---

[١] في هذه المسألة نقاط من البحث نتعرض لها على التوالي:

النقطة الأولىٰ: فيما اذا تنازع المالك مع العامل في مقدار رأس المال مع

وعلى هذا أيضاً لافرق بين كون المال باقياً أو تالفاً بضمان العامل، اذ بعد الحكم بكونه للمالك الا كذا مقدار منه، فاذا تلف مع ضمانه لابد أن يغرم المقدار الذي للمالك.

توافقهما على أن المالك قد أعطى المال للعامل، فيدعي المالك مائة دينار والعامل ينكر ذلك و يقول بأنه خمسين، فانه ينكر المقدار الزائد، فيكون الأصل من طرف العامل. و حيث أنه أمين فيقبل قوله مع اليمين، كما هو محرر في محله.

النقطة الثانية: ان النزاع في المقام بعد أن اعترفا بأن المال أعطي الى العامل، ولكن لايكون نزاعهما في أي عنوان من العناوين. ولا يقاس المقام بالمسألة السابقة كما ذهب اليه بعض الأساتذة، وان كان الأمر لايفرق بين الجهات الموجبة لجريان الأصل، ولكن النزاع في أصل رأس المال، وأما لأي جهة فذلك أمر خارج عن البحث.

وعليه فاذا لم يكن النزاع في هذه الجهة فان العامل لما كان يدعي كون المال خمسين ولم يكن مضاربة، فانه ان كان ينكر الربح ببطلان المضاربة -بمعنى كون المضاربة بينهما مسلمة وهو يدعي بطلانها بالنسبة الى الخميسن- كان الأصل مع المالك. ولكن الكلام في أصل مقدار المال المعطى الى العامل من دون ادعاء للمعاملة، فعليه يكون الأصل مع العامل، من دون أن يكون عنوان العقد موجوداً، فتسليط المالك يد العامل على ماله معناه كونه أميناً، فيكون قوله حجة مع اليمين الذي يرد الى العامل الا أن يكون قد صدر منه مايوجب خيانته، فلايكون قوله حجة.

وهذا خلاف المفروض في المقام. لأنه لايقول العامل انه رد المال الى المالك حتى يخرج عن أمانته، بل يقول بأن المالك قبضه خمسين فقط، فيكون الأصل مقتضياً له كما عرفت.

النقطة الثالثة: كون النزاع بعد اقرارهما بكون رأس المال المعطى للعامل هو رأس مال المضاربة، وان المالك يدعي أن رأس المال المعطى مائة بحيث يكون نصف ربحها له، ولكن العامل يدعي أن المال المعطى للعامل خمسين فيكون

....

للمالك نصف ربح الخمسين، و من المفروض أن العامل استربح في هذا المال. فان على مبنىٰ الماتن لما كان الأصل مع الربح داخلاً في ملك المالك و يخرج مقدار الربح المتوافق عليه من ملك المالك الى ملك العامل، فالعامل يده على الربح بجميعه، ولكن باقرار العامل بكون المال مضاربة وسع هذه اليد فان اليد لا تشمل ما اذا أقر ذواليد بالمقدار الذي يكون المالك فيه مدعياً له، فالعامل يدعي مقداراً أزيد من الربح والمالك يدعي الأزيد من الربح.

وعلى مبنىٰ الماتن في كون المال وارداً في ملك المالك و منه يخرج الى ملك العامل، فالأصل عدم خروج الأزيد من ملك المالك، ويكون الأصل من طرف المالك.

وأما على مبنانا فان في المضاربة لايكون الربح داخلاً في ملك المالك أولاً و بالذات، وانما يدخل في ملك المالك ثم يدخل منه الى ملك العامل. وعلى هذا فالأصل يقتضي عدم خروجه أزيد مما أقرّبه العامل والمالك، فان القاعدة على مبنانا في باب المضاربة أن العامل والمالك بعد حصول الربح يكون دخوله في ملك العامل والمالك بالسوية، و يد العامل لا تكون اقراراً بجميع الربح للمالك، بل العامل لما كان يدعي أن المالك أودع رأس المال الأقل عنده و نتيجته ان ليس للمالك عند العامل الامقدار الأقل، و يده على المال مقتضٍ للملكية الا بالمقدار الذي يقرّ أنه للمالك. فالاصل من طرف العامل ويكون العامل مدعياً فعليه اثباته.

ومن الواضح ان العامل والمالك يقران بأن المضاربة واقعة بينهما، فهذا اقرار بأن المالك مضارب والعامل أمين. و هكذا يقر المالك بأن المال المعطىٰ للعامل مائة، والعامل يقول بأن المال المعطىٰ خمسين، فأن الماتن حكم بأن المالك مدعي لمائة والعامل مدعي لخمسين، فيكون العامل اميناً بحكم يده، فالأصل معه بيمينه كماهو محرر في محله. و بهذا ينتهي النزاع بكون الربح لهما بالسوية عند الاسترباح، و سيطرة العامل على الربح يجعله مرجحاً لكونه منكراً، و يكون الأصل

(مسألة ٥١)- لو ادعى المالك على العامل أنه خان أو فرط في الحفظ فتلف، أو شرط عليه أن لايشتري الجنس الفلاني أو لايبيع من زيد أو نحو ذلك. فالقول قول العامل في عدم الخيانة والتفريط وعدم شرط المالك عليه الشرط الكذائي ،والمفروض أن مع عدم الشرط يكون مختاراً في الشراء وفي البيع من أي شخص أراد.

نعم لوفعل العامل مالايجوز له الا باذن من المالك -كما لوسافر أو باع بالنسيئة وادعى الاذن من المالك- فالقول قول المالك في عدم الاذن. والحاصل ان العامل لو ادعى الاذن فيما لايجوز الا بالاذن قدم فيه قول المالك المنكر، ولو ادعى المالك المنع فيما يجوز الامع المنع قدم قول العامل المنكر له[١].

من طرفه كما ذكرنا.

[١] في هذه المسألة جهات من البحث:

الجهة الأولى: بعد تسليم كون عامل المضاربة أميناً فادعاء المالك بأنه خان أو فرط في الحفظ فتلف، يكون الأصل مع العامل، فيحلف على عدم التفريط والحفظ و يقبل قوله من دون بينة. وأما لوادعى عليه المالك ان أمره بأن لايشتري الجنس الفلاني وأنكر العامل ذلك ،فيقبل قوله من دون بينة، بل يحلف و يثبت قوله كماهو واضح.

واطلاق المضاربة يقتضي الاسترباح. وهذه الدعاوى غير دخيلة فيه، فيكون الاطلاق مقتضٍ لعمل العامل في مضاربته، فبالاذن العام المستفاد من عقد المضاربة يجعل العامل مسلطاً على المال فيما يكون فيه الاسترباح. و هذا الاطلاق والاذن العام انما يكون اذا لم يحدث منع من قبل المالك.

الجهة الثانية: ان تصرف العامل في المورد الذي لايشمله الاطلاق والاذن العام المستفاد من المضاربة، يكون باطلاً. فان البيع نسيئة مع الربح أو السفر المربح

(مسألة ٥٢)- لوادعى العامل التلف وأنكر المالك، قدم قول العامل، لأنه أمين، سواء كان بأمر ظاهر أو خفيّ. وكذا لوادعىٰ الخسارة، أو ادعىٰ عدم الربح، أو ادعى عدم حصول المطالبات في النسيئة مع فرض كونه مأذوناً في البيع بالدين.

ولا فرق في سماع قوله بين أن يكون الدعوىٰ قبل فسخ المضاربة أو بعده. نعم لو ادعىٰ بعد الفسخ التلف بعده، ففي سماع قوله لبقاء حكم أمانته وعدمه لخروجه بعده عن كونه أميناً، وجهان. ولو أقّر بحصول الربح ثم بعد ذلك ادعى التلف أو الخسارة وقال: اني اشتبهت في حصوله. لم يسمع منه، لأنه رجوع عن اقراره الأول، ولكن لوقال: ربحت ثم تلف أو ثم حصلت الخسارة. قبل منه[١].

الذي يكون مشمولاً بالاطلاق كماهو المفروض، فادعاء العامل الاذن هو الاذن المضاربي، وانكار المالك معناه أن أصالة صحة العقد تقتضي أن يكون العامل منكراً كالسابق، ولا يجعل العامل مدعياً كما توهم الماتن. فالقول قول العامل، لأن أصالة الصحة تكون مقتضية له، الا في مورد كان الاطلاق مقتضياً له وادعى المالك المنع، فان الأصل أيضاً يقتضي عدم المنع الا في مورد يكون عمل العامل فيه خلاف الاطلاق المستفاد من العقد، فان في ذلك المورد يكون العقد باطلاً و غير مقتضٍ له، و ذلك ايضاً يحتاج الى البينة، فعلى المالك اقامتها.

[١] الكلام في اعتبار دعوى الأمين، فانها من الدعاوى المسموعة من غير بينة ولا يمين، فمورد اعتبارها يتعلق بمورد أمانيته. أما في مثل دعوى الطهارة والنجاسة وأمثالهما من الأمور غير المنافية مع عنوان الأمانية، كدعوى الحجام طهارة الظهر، و دعوى القصار تطهير الثوب و نحوهما. فلا اشكال في أنه يقبل قوله.

و يدل عليه مضافاً الى الاجماع والسيرة والعمومات الدالة على قبول قول الامين و عدم اتهامه، رواية مسعدةبن صدقة في قوله عليه‌السلام: ليس لك أن تأتمن من

....

خانك ولا تتهم من أئتمنت[1].

وأما في الأمور المنافيه مع عنوان الأمانة، كالتلف و نحوه مثل الصائغ والملاح والمكاري في هلاك المتاع من غير تعد و تفريط، كدعوى الوكيل تلف المتاع مع انكار الموكل و دعوى تلف الرهن والوديعة ومال المضاربة. فالمشهور كما في الكافي والمهذب والوسيلة والسرائر أن القول قول مدعي التلف ولو كان موافقاً للأصل، بل عن السرائر نسبتها الى الأكثرين المحصلين وأنه الأظهر في المذهب و عليه العمل، وفي الغنية الاجماع عليه، وعن المختلف عليه اجماع الفرقة و أخبارهم.

نعم عن المحقق (قدس سره) في كتاب الاجارة فيما لو ادعى الصائغ أو الملاح هلاك المتاع: أنه يكلف البينة، ومع فقدها يلزمه الضمان. وقد حكي ذلك عن المفيد والمرتضى، وعن الثاني أنه من اجماعاتنا ومن منفرداتنا.

لكن الحق ماذهب اليه المشهور،للأخبار المعمول بها عندهم من عدم الضمان.

و يدل عليه -مضافاً الى الاجماع المدعى والعمومات الدالة على عدم اتهام الأمين -خبر بكربن حبيب قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أعطيت جبة الى القصار فذهب بزعمه. قال عليه السلام: ان اتهمته فاستحلفه، وان لم تتهمه فليس عليه شيء[2].

و خبره الآخر: لايضمن القصار الا ما جنت يداه، وان اتهمته فاستحلفه[3].

و خبر أبي بصير: لايضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك الا أن يكونوا متهمين، فيخوف بالبينة و يستحلف لعله يخرج منه شيئاً[4].

---

(١) الوسائل باب: ٤ من كتاب الوديعة ح ٩.

(٢) الوسائل باب: ٢٩ من ابواب كتاب الاجارة.

(٣) الوسائل باب: ٢٩ من ابواب كتاب الاجارة ح ١٦.

(٤) وسائل الشيعه. ج ١٣ ص ٢٧٤ باب: ٢٩ ج ١١ في احكام الاجارة.

....

باحتمال كون المراد من هذه الأخبار هو صورة معلومية أصل التلف وكون الدعوىٰ هو التفريط.

و يدفعه: صراحة بعضها بخلافه، كخبر بكربن حبيب.

نعم في مقابل هذه الأخبار أخبار أخر، كحسنة الحلبي عنه عليه‌السلام في الغسال والصباغ ما سرق منها بشئ فلم يخرج منه بين أنه قد سرق و كل قليل أو كثير فهو ضامن، فان فعل فليس عليه شئ، وان لم يفعل ولم تقم البينة وزعم أنه قد ذهب الذي قد أدعىٰ عليه، فقد ضمنه أن لم يكن له بينة على قوله[1].

و خبر أبي بصير عنه عليه‌السلام: سألته عن قصار دفعت اليه ثوباً فزعم أنه قد سرق من بين متاعه. فقال عليه‌السلام: ان يقيم بينة أنه قد سرق من بين متاعه فليس عليه شئ، وان سرق متاعه فليس عليه شئ[2].

و حسنة الحلبي عنه عليه‌السلام: أنه سئل عن رجل استكرىٰ منه ابلاً و بعث معه زيت الى أرض، فزعم أن بعض زقاق الزيت انخرق فأهرق مافيه. فقال عليه‌السلام: ان شاء أخذ الزيت وقال انه انخرق ولكن لايصدق الا ببينة عادلة[3].

ولكن يمكن حمل هذه الروايات على ما اذا كان التلف لاجل تفريطهم فيه، فيكون الحكم بالضمان حينئذٍ على القاعدة، فلايكون مخالفاً للأخبار المتقدمة الدالة على عدم ضمانهم من جهة خروجه عما تحقق فيه.

وعلى فرض الدلالة لابد من طرحها، لمكان اعراض الأصحاب عنها، حيث لا عامل بها ما عدا ما عرفت، وهو المحقق والشيخ والمرتضىٰ، وان عملهم على ما تقتضيه قواعد الأمانة، كما يكشف عنه بعض كلماتهم في غير المقام.

---

(١) وسائل الشيعه. ج ١٣ ص ٢٧١ باب: ٢٩ ح ٢—٣.

(٢) وسائل الشيعه. ج ١٣ ص ٢٧٢ باب: ٢٩ ح ٥.

(٣). وسائل الشيعة. ج ٦ باب: ٣٠ من ابواب الاجارة ح ١.

....

وهذا هو المحقق (قدس سره) حيث اعترف في الوكالة بأنه لو اختلفا في التلف و عدمه فالقول قول الوكيل، لأنه أمين بالنسبة اليه، وفي العارية أنه لوادعى التلف فالقول قوله مع يمينه، و في الوديعة أنه اذا أنكر الوديعة أو اعترف وادعى التلف أو الرد ولا بينة له فالقول قوله، وفي المضاربة أن قول العامل مقبول في التلف، وهل يقبل قوله في الرد فيه تردد أظهره أنه لا يقبل.

نعم ربما يشكل في مثل الرد ودعواه الرد، حيث التزموا في الوديعة بقبول قوله مجرداً عن البينة، وفي غيرها كالرهن والاجارة والعارية والمضاربة بعدم قبول قوله الامع البينة، نظراً الى قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر. مع أن مقتضى قاعدة الأمانة هو قبول قوله مجرداً عن البينة كمافي الوديعة، كما أنه يشكل العرف بين دعوى الرد ودعوى التلف الذي عرفت ذهابهم الى الضمان و تصديقه فيه مع أنها من وادٍ واحد.

لكن يمكن أن يقال بالفرق بين المسألتين: بأن سماع الدعوى في التلف دون الرد انما هو من جهة عدم مصادمته مع عنوان الأمانة من جهة وروده على ما كان أميناً فيه، فيسمع قوله حينئذٍ لكونه كفعله الراجع الى جهة أمانيته. وهذا بخلافه في الرد، فانه بنفسه مضاد مع عنوان الأمانية، و معه لا مقتضىٰ لقبول قوله من جهة خروجه عن كونه أميناً وأمانة بمجرد الرد.

و بالجملة فحال الرد في المقام حال الفسخ في باب البيع من حيث مضادته لبقاء البيع، فكما أن الفسخ هناك مما يضاد بقاء البيع كذلك الرد في المقام، فهو مضاد مع بقاء عنوان الأمانة. و معه لامقتضىٰ للسماع لخروجه بمجرده عن عنوان الامانة، فكما أن التلف هناك لايضاد مع اعتبار البيع كذلك في المقام، فلا يضاد مع اعتبار بقاء الأمانة. و معه لا بأس بسماع قوله.

و يمكن أن يوجه الفرق بينهما بوجه آخر، وهو: ان عدم السماع في دعوى الرد انما هو من جهة كونه من العناوين القائمة بالطرفين، و متوقفة على قبض المالك

....

الذي لايكون من افعاله، فيخرج بذلك عن فعل الأمين. لكن بخلاف التلف، فانه تعد من أفعاله الصادرة عنه بنحو الاستقلال، فتشمله النصوص الواردة في المقام من قبول قول الأمين و دعواه فيما يدعيه من الأمور الراجعة الى أمانته.

وعليه فمقتضىٰ القاعدة هو عدم السماع في دعوىٰ الرد مالم يكن اجماع أونص خاص على القبول، كمافي الوديعة دون غيرها، حيث أن ظاهر المشهور هو مفروغية السماع في دعوىٰ الرد في الوديعة دون غيرها على ما عرفت.

ومن الموارد التي استدلوا بها على حجية دعوىٰ الأمين هو كبرىٰ «من ملك شيئاً ملك الاقرار به»، فانها عبارة عن السلطنة على الشيْ و ملك الاقرار به. وقد استدلوا بها في فروع كثيرة:

منها: مسألة اقرار العبد المأذون في التجارة فيما يتعلق بالتجارة، مثل ثمن المبيع و أرش المعيب و غيرهما، حيث استدلوا على قبول قوله بتلك القاعدة وأنه لما كان مالكاً للتجارة وأخذ الثمن كان مالكاً أيضاً للاقرار به.

ومنها: في مسألة اقرار المريض الذي كاتب لعبده في حال الصحة، بأنه قبض مال الكتابة، حيث استدل به القاضي في المهذب على ما حكي بأنه صح اقراره و عتق العبد، لأن المريض يملك القبض فيما يملك الاقرار به مثل الصحيح.

ومنها: ما استدلوا به في تقديم قول الوكيل في التصرف، بأنه أقر بماله لن يفعله كما عن العلامة في القواعد في تلك المسألة وفي باب الاقرار.

ومنها: ما استدلوا به كما في التذكرة من سماع قول المسلم بأنه أمّن الحربي في زمان يملك أمانه، وهو الأسر.

ومنها: ما استدلوا به - كما عن الفخر في الايضاح - في مسألة اختلاف الوصي والمولىٰ عليه، حيث قال: الأقوى أن كل مايلزم فعله أو انشاؤه غيره كان اقراره بذلك ماضياً.

ومنها: غير ذلك كاقرار الولي الأجباري، والوكيل والصبي بما يصح فعله له.

....

وكيف كان فاللازم أولاً تفسير هذه العبارة و بيان ماهو المعنى من الملك والاقرار ثم تبيان ماهو المدرك.

فنقول: الظاهر أن المراد من ملك الشئ في المقام السلطنة على التصرفات في الشئ من النقل والانتقال وغيرهما، أعم من أن يكون له أصالة أو وكالة أو ولاية. والمراد من الاقرار هو المعنىٰ اللغوي، وهو اثبات الشئ وجعله قاراً في المحل، سواء كان محل الاقرار هو نفس المقر أو غيره. فيكون المعنىٰ أن من كان له فعل شئ و تثبيته على محل -سواء كان محل التثبيت هو نفسه أو غيره- كان الاقرار به بمعنى أنه كان لهتثبيت الشئ واقعاً بفعله وانشائه وكالة أيضاً، و تقريره ظاهراً باقراره من جهة اقتضاء السلطنة الملازمة بين نحوين من القرارين.

وأما المدرك : فأوله الاجماع، كما يظهر ذلك من ذهابهم في كثير من الموارد الى هذه المسألة و تعليلهم فيها بأن كل من قدر على انشاء شئ قدر على الاقرار به، كما عن قواعد الشهيد.

وما ذكره في الايضاح: بأن كل من يلزم فعلاً اذا أنشأه غيره كان اقراره بذلك ماضياً عليه.

والمحقق (قدس سره) في مسألة اقرار العبد المأذون للتجارة: بأنه يملك فيملك الاقرار به.

والقاضي في المهذب في مسألة اقرار المريض الكاتب لعبده في حال الصحة: بأنه قبض مال الكتابة صح اقراره و عتق العبد، لأن المريض يملك القبض فيما ملك الاقرار به. فيكشف ذلك عن بناء عقلائي على هذا المعنى.

ولا يمكن الاستدلال لمسألة الاقرار بهذه المزية ولاستقرار بناء العقلاء ولا بقاعدة «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز»، و ذلك لأن موردها لا يكون كمثل المقام، فان مقامها الاقرارات الضررية والمقام أعم من ذلك، لأن قاعدة الاقرار تختص بالاقرار الضرري الذي يكون على المقر نفسه دون غيره، بخلاف المقام فانه

....

يعم الملزمة على غيره أيضاً. كما في دعوى الوكيل البيع و قبض الثمن، وكما في دعوى الولي النكاح و غير ذلك. فلوكان المدرك لها هو حديث الاقرار لما كان ينفذ اقراره على الموكل مع أن ظاهرهم مفروغية هذه الجهة وأنه يقدم قول الوكيل فيما يدعيه. و منها قاعدة الأئتمان كما يظهر من بعض مَن تمسك لها بأدلة قبول من أئتمنه المالك أو الشارع بالاذن في التصرف.

وفيه أيضاً: انه لا ينفع في مثل اقرار الصبي بماله أن يفعله، والرجوع فيه الى دليل آخر لايجري في الوكيل والولي، فيخرجها عن كونها قاعدة واحدة.

فحينئذٍ لابد وأن يكون المدرك لها دليلاً آخر يكون جامعاً لوجه اعتبار قول الصبي، كي يخرج لأجله عن ادلة عدم اعتبار قول الصبي في انشائه واخباره، و يوجه اعتبار اقرار الوكيل والولي حتى يحكم على أدلة عدم نفوذ الاقرار على غير المقر له.

و بالجملة فان المقصود في المقام هو الملازمة بين سلطنته على الشئ و تثبيته في المحل بانشائه واقعاً و بين السلطنة عليه باقراره ظاهراً، سواء كان محل الاقرار هو نفس المقر أو غيره، فان كان هناك اجماع على هذه الملازمة والا لاينفع شئ مما ذكرناه من حديث الاقرار و حديث الأئتمان، كما لا مجال للتمسك بعموم السلطنة لاثبات الملازمة بهما من جهة عدم الشمول للشك في الموضوع، من جهة أنه حينئذٍ في أصل ثبوت السلطنة على التثبت والتقرير. وكيف كان فلا عموم لتلك القاعدة.

نعم الآثار النفعية لا تكون مشمولة، فلا يستشكل حينئذٍ بأنه لوكان الوكيل وكيلاً في البيع أو الوقف ولو لنفسه كان لازم ما ذكرناه عدم شموله للاثار النفعية للمقر و عدم سماع اقراره بالبيع أو الوقف لنفسه. مع أنه لا اشكال عندهم في سماع اقراره، و ذلك لما عرفت من أن التفكيك ممكن بين الآثار النفعية والضررية بالاضافة الى محل الاقرار لا مطلقاً حتى بالاضافة الى غيره. وفي المثال: كان محل الاقرار هو

....

الموكل خاصة دون نفس المقر، وفيه كان الأثر المترتب من الآثار الضررية، حيث يحكم بخروج المال عن ملكه و صيرورته أجنبياً.

وهذا وان كان ملازماً مع الحكم بوقفية العين للمقر نفسه، لكنه لايكون محل الاقرار والتثبيت كي يكون الحكم بوقفيته له منافياً مع ماذكرناه من عدم ترتب الآثار النفعية على الاقرار.

ويمكن ظهور الفرق في مثل الاقرار على الخياطة، كمالو اقر بأن فلان قدخاط لي ثوباً، حيث يسمع قوله و اقراره، بلا خلاف بين الأصحاب و بين الاقرار ببراءة ذمته عن الدين الذي لااشكال عندهم في عدم سماعها. فلايرد الإشكال حينئذٍ بأنه كيف يمكن التفكيك بين الفرعين، مع أن المديون كالمقر في تلك المسألة من سلطنته على الزام الغير و كونه مالكاً للقبض، نظراً الى السلطنة على مقدمة الشئ سلطنة على ذيها وهو الخياطة والقبض.

وذلك لما عرفت من أن عمدة الوجه في التفرقة بين المسألتين انما هو من جهة عدم شمول القاعدة للاثار النفعية و اختصاصها بالآثار الضررية، فيكون عدم سماع الاقرار في المثال الثاني من جهة كونه اقراراً و نفعه هو تخليص ذمته من الدين، بخلاف المثال الأول حيث كان اقراره بالخياطة اقراراً بضرره، فيسمع منه. فيحصل الفرق بين المسألتين، كما يحصل الفرق بين مسألة دعوى الوكيل البيع والشراء و قبض الثمن، و بين دعوى الرد الى الموكل، حيث أنه يسمع اقراره في الأول دون الثاني، فان ظاهرهم مفروغية عدم سماعه الا في خصوص الوديعة، و ذلك من جهة أن عدم سماع الدعوى في الرد انما هو من جهة كونه اقراراً على نفعه، فلا يسمع منه، بخلافه في دعوى البيع و الشراء و قبض الثمن، فانه لايكون اقراراً منه على نفعه.

و بالجملة ان سلطنة المقر تارة تكون على فعل نفسه بما هو فعله و أخرىٰ على فعله بماهو فعل الغير، كالوكيل بالنسبة الى موكله في بيعه و شرائه و قبضه الثمن،

....

وثالثة على فعل الغير بما هو فعل نفسه، كالسلطنة على القبض في الديون مثلاً، حيث أن القبض فعل صاحب الدين ولكن المديون لماكان له سلطان على الزام صاحب الدين بالقبض كان مسلطاً على القبض الذي هو فعل الغير، فتكون سلطنته عليه بما هو فعل نفسه. وعلى كل التقادير لابد من التفكيك بين الآثار الضررية و النفعية، فيترتب ماهو من الآثار الضررية دون النفعية منها.

و حينئذٍ نقول: ان عدم سماع الاقرار بالرد انما هو من جهة رجوعه الى فعل المقر نفسه بملاحظة سلطنته على الزامه بالقبض، وفي مثله كان اقراره بالقبض اقراراً على نفعه فلا يسمع. وهذا بخلاف دعوىٰ البيع والشراء و قبض الثمن، فان سلطنته عليه ليست باعتبار أنه فعل نفسه بل باعتبار فعل الغير الذي هو موكله، وفي مثله لامانع من سماع اقراره لكونه على ضرر الغير الذي هو الموكل، فيكون كما لو أقرّ الموكل نفسه على ضرره.

و مما ذكرنا يمكن لك أن تجعل المدرك هو هذه القاعدة، وهي قاعدة «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز»، بأن تجعل الموارد التي يكون محل الاقرار والمثبت هو نفس المقر تحت قاعدة الاقرار، والموارد التي يكون محل الاقرار هو غيره تحت قاعدة الأئتمان، فيكون حينئذٍ كسائر القواعد مصطادة من القواعد الأخرىٰ، بلاحاجة الى الاستدلال بالاجماع على حجيتها، كي يشكل بمنع تحصيل الأجماع أولا من ذهابهم الى الخلاف في كثير من الموارد لهذه القاعدة.

ثم لا ينتقض بموارد سماع اقرار الصبي فيما له أن يفعله، بدعوىٰ عدم كون المدرك في سماع اقراره هو حديث الاقرار، من جهة بنائهم على خروج الصبي من حيث الاقرار وكونه مسلوب العبارة والانشاء بحديث رفع القلم، و ذلك لخروجه عنه بعد كونه من اقراره و مصاديقه، اذ المراد من العاقل ليس الا العارف بين الخير والشر المميز بين القبح والحسن، ومن المعلوم صدقه على المميز الذي خيره و شره خارج عن هذه القاعدة بمقتضىٰ حديث رفع القلم.

....

و هذا نظير ما اذا ورد دليل عام على وجوب اكرام العالم مع شموله لكل من العادل والفاسق، و دليل خاص على حرمة اكرام الفاسق منهم، ثم خرج عن تحت هذا الخاص زيد الفاسق، فيشك أنه يدخل تحت العام الأول و يحكم بوجوب اكرامه بنص ذلك العام، فيفكك بين الآثار الضررية والنفعية، فيرتب ماكان من قبيل الأول دون الثاني.

وعليه ربما لايبقىٰ مجال لانتقاض القاعدة بالاقرار لشيءٍ من الموارد، كاقرار المسلم بأمان الحربي و اقرار الزوج بطلاق زوجته بائناً، ليدفع عن نفسه النفقة في مدة العدة، حيث يفكك فيها أيضاً بين الجهات الضررية والنفعية، فيقبل قوله منه بالنسبة الى الجهات الضررية دون النفعية.

و يمكن الجواب عنه بحديث الرفع بشكل آخر، وهو: ان حديث الرفع لايكون شاملاً للمقام، لأن لسان حديث الرفع انما يحكم بأن عمدالصبي خطأ أو أن عمد الصبي و خطؤه واحد. و هذا انما يشكل فيما اذا كانت الأفعال لها حكم عمدي و حكم خطائي، بأن عمد الصبي له حكم و خطؤه له حكم، وأما في الموارد التي يكون الحكم فيها طارئاً على العمد وليس لخطائه حكم فلا مجال للتمسك بها في هذه الموارد، فيكون حديث الرفع مقام دلالته هوالقتل، فلا يكون شاملاً للمقام كما ذكرناه غير مرة.

بقي الكلام في أمرين:

الأول: في مسألة الاقرار بالنسبة الى الولي والوكيل، هل هو كاقرار الموكل والموّلىٰ عليه نفسها بحيث لاتسمع البينة على خلافه أو حلفه على عدمه، أو ان مسألة نفوذ الاقرار عل الغير انما هو مجرد سماعه منه مالم يكن في البين دليل آخر على الخلاف؟

الظاهر هو الثاني، و ذلك لمكان أنه ليس مفاد تلك القاعدة هو تنزيل اقرار الوكيل منزلة اقرار موكله، بحيث يكون الاخبار به صادراً عن نفسه، حتى ينافي مع

....

اقامة البينة على الخلاف، كما كان ذلك في صورة الاقرار منه نفسه حقيقة. بل غاية ما يستفاد منها هو جعل اقراره بما هو اقراره نافذاً على موكله. وفي مثل ذلك لا تنافي بينه و بين اقامته البينة على الخلاف، من جهة عدم كون اخباره حينئذٍ خبر الموكل كي ينفيه دليل الاصدقية.

مع أنه لو أغمض عن ذلك -بأن قلنا ان المستفاد من القاعدة هو تنزيل اقراره منزلة اقرار الموكل و صيرورته كأنه صادر منه- فيمتنع كون التنزيل فيه بلحاظ جميع الآثار حتى هذا الأثر، بل القدر المتيقن منه انّما هو بلحاظ جميع الآثار ر نفوذه بحيث يحكم عليه ولا قيام لامارة أخرىٰ على الخلاف.

الثاني: أن مسألة اقراره هل هو نفوذه على الأصيل على نحو يسقط حقه بنحو الاطلاق حتى بالنسبة الى الثابت اذ أن اقراره هو سقوط حق الموكل بالنسبة الى الوكيل خاصة لا مطلقاً، فله -أي الموكل- الدعوىٰ على غيره؟

ظاهر الأصحاب هوالثاني، حيث حكموا بسماع قول الموكل أو المضارب على الغريم فيما اذا وكل الوكيل أوضارب المضارب للمضاربة وأقر الوكيل بأنه أخذ الغرامة من الغريم و تلف في يده و صدقه مَنْ عليه الدين وقال الموكل لم اقبضه. فقالوا بعدم مؤاخذة الموكل للوكيل المضارب من جهة اعترافه بعدم استحقاقه عليه شيئاً، من جهة عدم قبضه للمال و بقائه على ذمة الغريم، فتبقىٰ دعواه على الغريم، لأنه يدعي دفع المال اليه وهو ينكره، فيكون القول قوله.

ولا يخلو من وجه، وذلك لأن المستفاد من قاعدة «من ملك» انما هو قبول قوله بالنسبة الى الأصيل لو أنكره، فلا تعرض فيها لقبول قوله بالنسبة الى الأصيل حتى في صورة رجوع الدعوىٰ الى الثالث. و معه يبقىٰ حق الموكل على حاله بالنسبة الى غير الوكيل.

ومما يمكن الاستدلال به من الكبريات لقول الأمين (حجية قول من لا يُعلم الامن قبله).

....

و مجمل القول فيه: ان الشيْ الذي يقبل قوله فيه تارة يكون من الأمور القصدية التي لايمكن الاطلاع عليها الا علاّم الغيوب وأخرىٰ من الأمور التي يمكن الاطلاع عليها عقلاً ولكنه يتعسر غالباً بحسب العادة، كدعوىٰ الحيض مثلاً. وفي كلتا الصورتين لا اشكال في سماع قوله فيها، والدليل عليه -مضافاً الى السيرة- الأخبار الدالة على سماع قوله، بل في بعضها تعليل السماع بعسر اقامة البينة، كما في خبر[1] محمد بن عبدالله الأشعري قال: قلت للرضا عليه‌السلام: الرجل يتزوج المرأة فيقع في قلبه شيْ ان لها زوجاً. قال عليه‌السلام: ما عليه اذا أجابت لوسألها البينة. كأن يجد من يشهد أن ليس لها زوج. حيث جعل الملاك في القبول مجرد عسر اقامة البينة عليه، فيدل على المطلوب من السماع في كل مورد يتعسر اقامة البينة عليه. و يؤيده قوله «هن مصدقات في خروجهن من الحيض والطهر»[2] مع امكان الاطلاع عليه عقلاً.

ثم لا يخفىٰ أن ما ذكرناه من سماع قوله في الأمور التي يتعسر الاطلاع عليها عقلاً، انما هو في مورد عدم وجود أمارة أخرىٰ على الخلاف، كظهور الحال مثلاً. فلو ادعىٰ بعد الاقرار بأن عليه كذا تورية في اقراره لايسمع منه.

نعم لوكانت دعواه الثانية راجعة الى منشأ الاقرار -بان كان معتمداً على احتمال عقلائي يعتمد عليه العقلاء في أمورهم- بأن قال: كان اقراري من جهة خطأي في الحساب، أومن جهة اخبار وكيلى لاعتمادي عليه. فيسمع منه، لكنه لابنحو يبطل اقراره السابق، بل بمعنىٰ أنه يصير بذلك مدعياً، فلابد له من اثباته بالبينة.

وهكذا ان ادعىٰ مايمكن حمل الخطأ باللفظ عليه، بأن ادعىٰ الاستثناء من قوله له «على عنقي» ففعلت ذلك، وهكذا فيمن انشأ البيع ثم ادعىٰ أنه لم يقصد

(١) وسائل الشيعه. ج ١٤ ص ٤٥٧ ح ٥ باب: ١٠.

(٢) ورد مافي معناه وسائل الشيعه. ج ٢ ص ٥٩٦ باب: ٤٧.

....

البيع بل أراد بقوله «بعتك» شيئاً آخر، حيث لايسمع منه دعواه ثانية، بل يحكم عليه بماهو من آثار البيع، كخروج المبيع من ملكه و صيرورته أجنبياً عنه بالنسبة اليه، و غير ذلك من الآثار المترتبة عليه.

وقد رتب الأصحاب على هذه المسألة فروع:

منها: دعوى رب المال عدم الزكاة. و هذا أيضاً تارة من جهة نفي تعلق الزكاة وأخرى من جهة دفعها الى مستحقها و ثالثة دعوىٰ تبدل النصاب.

أما الدعوىٰ الأولى: فلا اشكال في أنه يسمع منه، لموافقة قوله مع الأصل. و يدل عليه أيضاً ماورد من أن أميرالمؤمنين عليه‌السلام بعث رجلاً ليجمع الزكاة، فقال ما مضمونه: ان ولي الله بعثني لأطلب منكم الزكاة، فاذا قالوا ما عندنا فارجع عنهم ولا تتعرض لهم وارفق بهم. فيسمع قوله من جهة قاعدة الاقرار و مالايعلم الا من قبله.

و ينطبق عليه قاعدة دعوىٰ بلا معارض، و كذلك في الفرع الثالث حيث تنطبق عليه القواعد الثلاث، فيقبل قوله فيما يدعيه، بل يشمله أيضاً اطلاق الرواية المتقدمة.

ومنها: دعوى رب المال نقصان الخرص بعض سنته منه ماقدر من الزكاة. و ظاهرهم مفروغية سماعه فيه، و لعله من جهة قاعدة الأمين و قاعدة اليد.

لكنه ربما يشكل ذلك: بأنه يتبع هذه القواعد فيما اذا لم تكن أمارة في البين على الخلاف، والخرص بناءً على كونه طريقاً الى التعيين كان معارضاً مع هذه القواعد. و معه لايبقىٰ لسماع قوله وجه، بل لابد من الرجوع الى الأصل، وهو أصالة عدم تعلق حق الفقير و الغير بالزائد.

وأما بناءً على كونه بنحو التسالم والمصالحة وقوعه على العين كان اللازم منه هو عدم سماع دعوى النقص فيه، من جهة اقتضاء الأصل لصحة المصالحة الواقعة على العين. ولازمه هو الحكم بعدم سماع ما يدعيه من النقص في الخرص.

....

و معه لامجال للتشبث بقاعدة اليد لا ثبات الملكية بالنسبة الى المقدار الزائد، من جهة اختصاصها بما اذا شك في ملكية ذي اليد و غيره، فيحكم بمقتضىٰ قاعدة اليد بأنه ملكه له دون غيره، و مقتضىٰ الأصل المذكور في المقام هو عدم الملكية في المقدار الزائد، و معه تكفي قاعدة اليد في اقتضائها الملكية في المقدار الزائد.

و منها: دعوىٰ الذمي الاسلام قبل الحول ليتخلص عن الجزية. ولا اشكال ظاهراً من سماعها منه، لأنه تنطبق عليه قاعدة مالا يُعلم الا من قبله، لأن الاسلام عبارة عن الاعتقاد، وهو أمر قلبي لايمكن الاشهاد عليه.

ومنها: دعوىٰ الحربي أن الانبات كان بسبب العلاج لا بالسن ليتخلص من القتل، باعتبار أنه صبي و ينطبق عليه أيضاً قاعدة «ما لايُعلم الا من قبله»، لأن العلاج غالباً كان في الموارد المستورة التي لا يلتفت اليها أحد، فيتعسر الاشهاد عليه. و مقتضاه هو سماع قوله فيما يدعيه.

لكن نقل عن المحقق «قده» أنه تردد في قبول قوله. ولعله لمكان كون الانبات أمارة شرعية على البلوغ، خصوصاً مع اقتضاء الأصل عدم كون الانبات بسبب العلاج. وعلى كل حال فعند الشك يدفع القتل عن نفسه، لما هو المسلم في باب الحدود.

ومن المسائل المترتبة على هذه المسألة هي مسألة العامل في باب المضاربة، وهي على فروع:

الفرع الأول: لوادعى العامل التلف، فان القواعد المتقدمة تنطبق عليه بأجمعها حتى من باب «من ملك شيئاً ملك الاقرار به»، لأنه يكون بالنسبة الى أموال المالك كالوكيل، فتنطبق عليه، لأنه تلف فيسمع قوله. وقاعدة اليد الشاملة له كماصرح به صاحب الجواهر «قده».

الفرع الثاني: ما اذا كان بأمر ظاهر أو أمر خفي. فالظاهر مما لا أشكال فيه، وأما لوكان بأمر خفي فانه اذا كان خفياً بنظر العرف فكان مما لايُعلم الامن قبله،

....

فتكون القاعدة شاملة له أيضاً.

الفرع الثالث: اذا ادعى الخسارة أو عدم الربح، فان ادعاءه كذلك يرجع به الى شموله للقواعد المتقدمة، لأنه أمين حتى من باب قاعدة «من ملك شيئاً ملك الاقرار به» بالنسبة الى الأموال التي تكون تحت سلطنته، وهو واضح.

الفرع الرابع: لو ادعىٰ عدم حصول المطالبات في النسيئة، والمفروض أن العامل كان مأذوناً بالاذن العام في الاسترباح بحيث يكون شاملاً له كما قلنا. فان الاذن المضاربي يشمل مالوكان الاسترباح متوقفاً عليه، فان العقد باطلاقه يكون شاملاً له، فيسمع قوله لأنه أمين في الاسترباح والمعاملة. أو على مبنىٰ الماتن، بحيث كان مأذوناً في البيع نسيئة فيقبل قوله.

الفرع الخامس: لو تفاسخا وادعى التلف، فان بالفسخ لو استرجع المالك رأس ماله فلايكون نزاع، وأما اذا لم يسترجع فان سلطنة العامل نافذة في هذا المورد، لأن المال في يده، وتكون قاعدة «من ملك شيئاً ملك الاقرار به» جارية، ويكون قوله حجة ويسمع منه.

وأما اذا طرأ الفسخ فانه لايخرجه عن هذه القاعدة، وتكون شاملة له من جهة السلطنة، فتكون أمانيته شاملة له، لأن يده عليه. فالعامل بعد أن كانت المضاربة مفسوخة فانها لا توجب أن يكونان اجنبيين، فبعد كونه مسلطاً على المال كان يسمع منه من هذه الجهة، و مقتضىٰ كونه مع الأصل فيكون قوله حجة مع يمينه.

الفرع السادس: لو أقر بحصول الربح ثم ادعى التلف أو الخسارة وقال: اني اشتبهت في حصوله. لم يسمع منه، لأنه رجوع عن اقراره الأول. وهذا على كلام الماتن تابعاً فيه صاحب الجواهر.

ولكن التحقيق أن الانكار بعد الاقرار انما يكون مختصاً بمورد لكون الانكار وارداً على ما أقر به، وأما اذا لم يكن الانكار لما أقر به لاينطبق عليه الانكار بعد الاقرار، بمعنى الانكار بعد الاقرار لابد وأن يكون معارضاً انكاره لاقراره، فاذا

....

لم يكن معارضاً لاينطبق عليه قاعدة الانكار بعد الاقرار، فان الانكار الملازم لحكمه بالاشتباه أوبالخطأ وبالتوهم أوغيرذلك لايكون انكاراً لما أقربه،فان انكاره وارد لما هو واقع غير ما أقربه، ولا ينطبق عليه الانكار بعد الاقرار. وفي هذا المجال كان لتورية أو اشتباه أو للتخلص من الضرر، وكان عند العقلاء وجود لهذه المحاذير، و بعد أن لم يكن انكاره معارضاً مع الاقرار فيؤخذ باقراره، ولكن في دعوى الخلط أو السهو يكون مدعياً يراعي قيام البينة على قوله أو أن البينة لا تسمع منه؛ فانه بعد ان لم يكن الانكار مربوطاً باقراره، فان كان هذا الانكار الاشتباهي مما يترتب عليه الأثر كان مقتضياً لوجود اقامة البينة على اشتباهه، وأما اذا لم يكن لذلك أثر -من جهة تقدم قول الأمين في الربح وان أنكره لايرجع الى أثر يترتب عليه- فقهراً لايكون كلام صاحب الشرائع وكلام صاحب الجواهر، لامن جهة عدم سماع البينة لما تقدم من أن الانكار لاربط له بالاقرار، ولا بكلام صاحب الشرائع بأن لا تُسمع منه البينة لعدم الأثر له بعد أن كان الأثر مترتباً على اقراره الأول ولم يأت بشيء يضعضع اقراره، فيؤخذ باقراره الأول و يرتب عليه الأثر بعموم «ان اتهمته فاستحلفه»، فان عمومية هذا الدليل حاكمة عليه.

و توضيح ذلك على طبق القواعد يقتضي التحقيق في المقام، فان ذلك دليل حجية قول الأمين من جهة يده المسيطرة على المال، فان يده ذات سلطنة على المال، فمن الواضح أن هذه اليد الموجودة عليه يكون قوله فيه حجة اذا لم ينقضه بالاعتراف على خلافه. وفي المورد اذا كان الانكار موجباً لنقض سلطنته كان ذلك خلاف أمانته، وأما اذا قلنا بأن الانكار لايكون موجباً لنقض سلطنته فيسمع قوله و يحكم بأمانته كما ذكرنا.

ولا يمكن القول بعدم السماع منه، لأنه يوجب هذا الاشتباه شك المالك، فيتهمه فعليه احلافه كما تدل عليه الرواية. و بادعائه الاشتباه لايمكن مطالبته البينة بعد أن كان الاشتباه أمراً عقلائياً كما ذكرنا، فلا يترتب عليه أثر حتى يحتاج

(مسألة ٥٣)- اذا اختلفا في مقدار حصة العامل وانّه نصف الربح مثلاً او ثلثه قدم قول المالك [١]....

الى البينة.

الفرع السابع: اذا قال «ربحت ثم تلف». فان هذه الدعوىٰ لما كانت اقراراً بالربح ثم بالتلف يسمع قوله، فانه بادعائه التلف يكون قوله قول أمين ولايعلم الا من قبله.

والحاصل: ان الأدلة للأمين لما كانت دالة على خروج يده عن أدلة الضمان خروجاً تخصصياً ولا يشمل دليل الضمان مورد يد الأمين، فنتيجته أنه لايكلف بالبينة بطرح الدعوىٰ، لأن الاشتباه يكون مما يعتني به العقلاء، فلا يكون غير مسموع منه، ولايكون انكار بعد الاقرار كما عرفت.

وأما ما اورد بعض الأساتذة من الاشكال على الاستصحاب وانه تعليقي، فان اليد الموجودة في الأمين تكون لها السلطنة، والسلطنة الموجودة فعلية لا تعليقية حتى يشكل عليها.

و يمكن ان يقال: بأن المالك يدعي عدم اشتباه العامل والعامل يدعي الاشتباه، فالمالك يحكم بعدم الاشتباه و عدم الخطأ مثلاً، فان في هذا المورد يدخل في مسألة أخرىٰ، فان الأصل -وان كان يقتضي عدم الاشتباه و بذلك فيكون المالك منكراً- الا أن المقام هو مسألة يد الأمين الموجودة على المال، وان الاشتباه أمر خفى لايُعلم الا من قبله.

و نتيجته: ان دليل حجية قول الأمين له حكومة وكونه مسيطراً على المال، **فيكون الأصل مع العامل لجهة يده، وأما اذا كانوا متفقين على اصل العقد كما هو المفروض كان قول العامل مسموع منه لأنه امين.**

[١] هنا جهتان من البحث:

الجهة الاولىٰ: العامل والمالك متيقنين في وقوع العقد ومجيبين لشرائط انعقاد المضاربة من تسليم المال الى يد العامل وانّه امين مضاربي فيقع بينهما النزاع

....

الذي يدعي العامل نصف الربح له والنصف للعامل او يدعي ان ثلثه للعامل وثلثيه للمالك فالأول صورة عدم الربح للمال المضاربي ـاي عدم اشتغال العامل في الاسترباح ـ ومصير هذا النزاع هو انّ الاصل مع المالك ـاي اصالة عدم وقوع العقد على ازيد من الثلث للعامل ـ والثاني علية ايقاع النسبة المضاربة لانعقاد المضاربة وذلك انما انشأه المالك والمالك امين في الانعقاد فما يدعيه يكون قول الامين حجة فيما يدعيه وبهذين الجهتين يحلف المالك على دعواه من دون ايجابه البيّنة وان العامل فيما يدعيه لابد له من اقامة البيّنة.

هذا مصير الادعاء والانكار، ولكن مصير الدعوىٰ ماهو؟ العامل يدعي النصف من الربح والمالك يدعي الثلث من الربح والعرف في هذه المعاملة لوكان يرىٰ ان لمثل هذا العمل له اجرة النصف دون الثلث يرىٰ الحق مع العامل فكلما يدعيه العامل يتشخص بمصير العرف فالعامل يدعي اجرة المثل في هذه المعاملة قبل الاسترباح والمالك ينكسر ذلك فايضاً يكون المالك منكراً والعامل مدعياً فبهذه التقديرات كلها يحلف المالك والعامل عليه البينة.

الجهة الثانية: اذا اختلف العامل والمالك بعد الاسترباح والشروط المتقدمة في كونه اميناً ومتيقنين من وقوع العقد وتسليم المالك ماله للعامل وعمل العامل في المال والاسترباح فيدعي المالك ان للعامل ثلث الربح والعامل يدعي ان له نصف الربح فان قواعد باب المضاربة كما ذكرنا سابقاً ان عمل العامل وظهور الربح يوجب ان يكون أولاً وبالذات ملك الربح للمالك والعامل بالسوية وقد انكرنا مراراً ان العمومات في باب المضاربة تخصص بملكية العامل والمالك بفرض واحد بالسوية. وحينئذٍ لانه يملك الربح كله ويخرج من ملكية المالك ويدخل في ملكية العامل.

وعليه فان كان العامل مسيطراً على الربح حين ظهوره تكون يده عليه دالة على ملكية مايريده ويكون العامل منكراً في الزائد عنها يدعيه المالك فله نصف الربح

(مسألة ٥٤) - اذا ادعى المالك: انـي ضاربتك على كـذا مـقدار و اعطيتـك. فـأنـكر أصل المضـاربـة، أو انكر تسليـم المال اليـه، فـأقام المالك بينة عـلى ذلك، فادعى العامـل تلفه لم يسمع مـنه وأخذ باقراره المستفاد من انكـاره الأصل. نعم لو أجاب المالك: باني لست مشغول الذمة لك بشئ. ثـم بعد الاثبات ادعـى التلف، قبل منه، لعدم المنافاة بين الانكار من الأول وبين دعوى التلف[١].

والنصف الآخـر يرجـع الى المالك حيـث انه بادعائـه النصف اقرار بكـون النصف الآخـر لـلعامل وبهـذا ينـتهي النزاع ولامـجـال لـما قاله صاحـب جـامـع المقاصد وماأنـكره صاحب الجواهر (قدس الله اسرارهم) بعد وجود اليد من قبل العامل على المال بعد الاسترباح.

[١] تبحث في المقام جهات متعددة:

الجهة الأولى: ان المالـك لـه دعوى المضاربة ويكون الأصـل عـلى خلافه، فهو مدع للمضاربة وهو خلاف الأصل.

الجهة الثانية: دعوى اعطاء المال للعامل، وهو أيضاً خلاف الأصل.

فالعامل يكون مـنكراً للمضاربة والأصـل معه. هذه جهات تكون الدعوى واجدة لها.

فبعد هذا الادعاء من الـمالك والانكار من العـامل، فالمالك حيـث ادعى عقد المضاربـة و تسليم الـمال في هـذا الادعاء المفـروض لاينكر التسليـم للعامل، لأن المفروض انمـا هو ادعاء المضاربة و التسليم وانكار العامل للمضاربة و عدم انكاره التسليم كـماهـو المفروض في هـذه الجـهة المبحـوث عنـها، فانكاره لها لايستلزم انكـار الـتسليـم، وكـذلك انكـارها لايعـنـي أنه غيـر أمين عـلى المال، لأن انـكار المضاربة انكـار لتسـليم المال بـاعتـبار الأمانة العـقديـة، وأما الأمانة المالكـية فلا تنفـى الا أن يكون ادعـاء الـمالك لـلمضاربـة بنحو وحـدة المطلوب بـحيث يدعي المضاربـة، وان المال الـمعطى للعامل بهـذه الجهة لاغير، فيـوجب أن يكون اعطاء

....

المال الى العامل بنحو وحدة المطلوب، فيرجع ادعاء المالك الى دعاوي متعددة.

وأما انكار العامل: فانه تارة يكون لأصل المضاربة، وهو لايلازم كون المال المسيطر عليه خيانة، لكون ذلك لازماً أعم، فيمكن كون وجود المال عنده أمانة مالكية لا أمانة عقدية، فانكاره للمضاربة لايلازم انكار الأمانية للمال الذي سيطر عليه.

وعلى هذا فيرجع النزاع بينهما الى أن يد العامل على المال هي يد خيانة أو غيرها، فالمالك يدعي الخيانية والعامل ينكر الخيانية. فالمالك اذا كان له بينة على المضاربة كان الثابت على اليد هو الخيانية، والا فان كون المال تحت يد العامل برضى المالك يجعل يده أمانية ولايكون ضامناً لوتلف.

و حينئذٍ لوأقام المالك بينة على المضاربة وقبل العامل تلك البينة، فمعناه أن أمانية اليدثابتة، فادعاء تلفه يكون هو مفاد البينة. والعامل أيضاً لم يكن منكراً لذلك، لأنه لم يكن منكراً لكون الأمانية من النواحي الأخر. وأما بالنسبة الى المضاربة فانه منكر لها.

وأما من ناحية أمانة اليد فلم يكن منكرا لها، واليد انما توجب الضمان اذا ثبت ضمانه، والمفروض أن انكار المضاربة لايعني كون اليد خيانية، أذ انكار المنكر للمضاربة لايلازم انكاره لأمانية اليد حتى في هذا المورد الذي يكون مما لا يعلم الا من قبله، لان ذلك -كما قلنا- لازم أعم، لكونه غير مضارب وكونه أميناً، والقرينة الموجودة هي اليد على المال بعد أن كان النزاع في المضاربة، فلايكون منكراً للأمانة وانما هو منكر للامانة الحاصلة من المضاربة، والمالك أيضاً يكون منكراً للامانة بنحو وحدة المطلوب؛ فيكون النزاع في وحدة المطلوب و تعدد المطلوب، فان المورد يكون مجرىٰ قوله «لا تتهم من ائتمنته».

وهذا الأئتمان لم تدل البينة على فساده، لأن البينة -وان أقامها المالك بعد أن سلطه المالك على المال- ولكن باعتبار البينة على المضاربة وأمانة مضاربيته

....

والعامل مسلط على المال ولكن لم يقبل المضاربة، فالتسليط متوافق بينهما وكونه أمانياً ايضاً متوافق بينهما، ولكن المالك يقول بأنه باعتبار كونه قاصداً لكون الأمانية من ناحية المضاربة، والعامل يرىٰ مطلق الأمانية. و يكون هذا الاطلاق عند عدم التخصيص في كلام واحد، فان قوله «ولا تتهم من أئتمنته» حاكم بتقديم قول العامل، لأن البينة أقيمت على كونه مضاربة، ولكن كون المالك قاصداً لما في نفسه -بأن الأئتمان يكون مضاربة بنحو وحدة المطلوب- فلا تكون البينة بينة عليه.

وعليه يكون الدليل على «لا تتهم من أئتمنت» له حكومة على ما أراد من البينة، بل لامعنىٰ لمثل ذلك من قيام البينة الا من جهة الاطلاق، فيكون قوله «لاتتهم من أئتمنت» حاكماً على ذلك. ولذا ترىٰ ان الماتن لم يتعرض للخيانة، والضمان كما هو مقتضىٰ عبارة القواعد هو سماع دعوى التلف من دون تعرض للضمان. وهو الصحيح، لأنه كما بينا. وعلى هذا يكون قوله مسموعاً وتكون القواعد جارية في حقه ولايكون ضامناً كما أوضحناه.

ومن جهة أخرىٰ: فان المالك يدعي المضاربة الصحيحة والعامل لاينكر ذلك ولكن ينكر التسليم، فالمالك يدعي المضاربة وكون العامل أميناً وقد سلمه المال، والعامل يدعي عدم التسليم، أي ينكر التسليم، فالمالك يقيم البينة على المضاربة بعنوانها الكلي، بمعنىٰ أن المالك انما أقام البينة على اجراء عقد المضاربة، بحيث يكون لازمه التسليم من دون أن تكون البينة على التسليم، فان أقام البينة على المضاربة فلازمه الأعم من التسليم وعدم التسليم، فتكون البينة داعية على أن العامل عامل مضارب وكونه أمينا لا اشكال فيه، فيكون عدم شمول البينة لتسليم العامل المال، لأنه لازم أعم من المضاربة الصحيحة، فقهراً يكون العامل أميناً بقرار المضاربة الذي دلت عليه البينة، ولم تكن المضاربة مورد النزاع بينهما، ولم تكن البينة دالة على التسليم، فادعاء التلف من العامل الأمين مسموع و يكون كلامه

....

مشمولاً لقوله «ولا تتهم من أئتمنته»، لأن البينة لا تكذب دعوى الأمين على التلف، ولأن البينة دلت على المضاربة ولكن لم يقم بينة على التسليم.

و نتيجة ذلك: هو سماع قول العامل، و هذا في مورد كون البينة داعية على المضاربة ولكنه لم يكن قائماً على التسليم، فلا اشكال بكون قول العامل مقدم و يسمع بدعوى التلف ولا يكذب.

وأما اذا كانت البينة قائمة على المضاربة والتسليم، بحيث تقوم البينة على كلا الجهتين، والعامل ينكر المضاربة و التسليم بل يدعي التلف، فان انكاره للمضاربة والتسليم يوجب انكاره لما قامت عليه البينة. ان قلنا بأن اقامة البينة على المضاربة والتسليم، فان كان التسليم لكانت المضاربة واعطاء المالك المال بنحو وحدة المطلوب والتسليم يكون كذلك، فانكار العامل مكذب لما قامت عليه البينة، فيكون خائناً.

وأما اذا كان منكراً للمضاربة والتسليم بأزاء المضاربة المنصرف الى وحدة المطلوب، فليس له وجه الا التكذيب، فيكون خائناً ولا يسمع قوله في التلف، ويكون ضامناً كما ذهب اليه الماتن.

والظاهر أن عبارات الأصحاب منحصرة أيضاً بهذه الجهة دون الجهات المتقدمة.

الجهة الثالثة: لوكان المالك مدعياً للمضاربة الصحيحة والعامل أنكر اشتغال الذمة للمالك، وقال في جواب المالك عند ادعائه للمضاربة الصحيحة: بأني لست مشغول الذمة لك. و بعد ادعاء المالك البينة على المضاربة الصحيحة يدعي العامل التلف، فهل في هذا الادعاء لايضمن كما ذهب اليه الماتن أو أن بقيام البينة يكون ضامناً؟

فالتحقيق أن المالك يدعي المضاربة الصحيحة، و معناه أنه جعل العامل مفوضاً مطلقاً في رأس المال و جعله أميناً على الربح ورأس المال، و مقتضاه أن

(مسألة ٥٥)ـ اذا اختلفا في صحة المضاربة الواقعة بينهما و بطلانها قدم قول مدّعي الصحة[١].

(مسألة ٥٦)ـ اذا ادعىٰ أحدهما الفسخ في الأثناء وأنكر الآخر، قدم قول المنكر، وكل من يقدم قوله في المسائل المذكورة لابد له من اليمين[٢].

التلف يسمع منه بعد أن أقام البينة على المضاربة، فالمال يكون في حوزة العامل، فالبينة أثبتت كون العامل مسيطراً على المال والتصرف المربح.

ومن الواضح: ان قيام البينة بالمضاربة الصحيحة يجعل يد العامل على المال يداً أمانية، فانه –وان كانت البينة دالة على أن العامل أخذ رأس المال –ولكن صحة البينة يقتضي سيطرة العامل على المال، واذا ادعى تلفه فلايكون ضامناً، لأنه أمين. وأما ما ذهب اليه بعض الاساتذة، فهو من غير تدبر و تحقيق، فيكون عدم ضمانه لسماع البينة لاعن عدم سماعه، كما يظهر عند التدبر والتحقيق.

[١] تقدم في مسألة (٢٤) من هذا الموضوع جميع الفروعات المترتبة على هذه المسألة. فراجع و مفروضها محط الدعوىٰ و نتيجته، لا صرف ظهور الدعوىٰ كما عليه الماتن.

وان كان العامل مسيطراً على رأس المال والربح الحاصل من المال، فانه منكر لكون يده على الربح، وكونه أميناً يوجب تقدم قوله، و يكون المالك مدعياً محتاجاً الى البينة في اثبات ما أراد كما لا يخفىٰ.

[٢] بعد كون المضاربة من العقود الجائزة والفسخ لكل منهما تلقائياً، فاذا ادعى أحدهما الفسخ وأنكره الآخر كان القول قول مدعي الفسخ اذا لم يقم الطرف الآخر.

وفي هذا المجال لوادعى المالك الفسخ وأنكره العامل، فان المالك لابد وأن يقيم البينة، فتكون المعاملة بينهما غير واقعة، بل العقد واقع بينهما و باعتبار البينة ينفسخ ذلك العقد و يرجع عمل العامل اليه و رأس المال الى المالك. و هذا مما لا

....

اشكال فيه.

وأما اذا كان المال تحت استيلاء العامل يسترب به، فتارة يكون قد ربح و اخرى لم يربح من المال وانما كانت له السيطرة على المال و تصرف فيه لأجل الاسترباح فأقام المالك البينة على الفسخ و يجعله نافذاً، ولكن التصرفات الحاصلة في المال تكون برضاية المالك ولا تكون فضولية، بل فسخ المالك معناه التبعيض في التصرف والتبعيض في الفسخ بالنسبة الى التصرفات في أموال المالك.

وعلى هذا فان الفسخ من دون انضاض و قسمة لايجعل المالك والعامل في حل من التصرف بالأموال، لأن الفسخ بنفسه لايجعل المالك والعامل قادرين على التصرف لافي رأس المال ولا الربح الموجود في استرباح العامل في تصرفاته المربحه في رأس المال.

ومن الواضح بعد قيام الاجماع على صحة المضاربة أن كان رأس المال نقداً، فيقتضي كون العامل بعد فسخ المالك مسلطاً على المال من قبل الشارع للانضاض والقسمة ولو لم يكن باجازة المالك، ويكون للعامل السلطنة على هذا التصرف. ولو انفسخ العقد من قبل المالك فتكون لوازم العقد بهذا الاعتبار باقية.

وأما اذا كان الفسخ من قبل العامل، فان جميع الأموال راجعة الى المالك من رأس المال والربح، وتكون جميع تصرفات العامل فضولية محتاجة الى الاجازة، لأن الفسخ انما صدر من العامل، فيرجع المال كله الى المالك ولا تكون له الا أجرة المثل الواقعي. وفي هذا المجال تكون له السيطرة على رأس المال والربح الحاصل بعد اشتراك العامل والمالك في رأس المال والربح بعد الانضاض والقسمة، وتكون للعامل أجرة المثل كما قلنا. الا أنه لما كان الفسخ من قبل العامل فلايكون شريكاً للمالك لافي رأس المال ولافي الربح الحاصل منه، فلا احتياج للانضاض والقسمة، لأنه ليس شريكاً مع المالك في كل منهما.

وأما الاحتياج الى اليمين من المنكر، فذلك لأن قول مَنْ يقبل قوله لابد من اليمين.

(**مسألة ٥٧**)- اذا ادعىٰ العامل الرد و أنكره المالك قدم قول المالك [١].

(**مسألة ٥٨**)- لو ادعى العامل في جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه، وادعى المالك أنه اشتراه للمضاربة، قدم قول العامل. وكذا لوادعىٰ أنه اشتراه للمضاربة، وادعىٰ المالك أنه اشتراه لنفسه، لأنه أعرف بنيته ولأنه أمين فيقبل قوله.

والظاهر أن الامر كذلك لوعلم أنه أدّعى الثمن من مال المضاربة،

[١] ذكرنا أن قول الأمين حجة من دون بينة اذا كان الأمر مختصاً به كما ذهب اليه المشهور، وأما اذا كان الأمر مشتركاً بينه و بين غيره لايكون كلامه حجة الا بالبينة. وفي هذا المجال لما كان الرد مشتركاً بين العامل والمالك -لأن الرد منه يحتاج الى قبض المالك - فلهذا صار المحقق تابعاً للمشهور في عدم قبول قوله، لأنه لايختص به، لأنه أمين يقبل قوله في ظرف كونه أميناً. و بعد ادعائه الرد فان اليد الموجودة عليه أمينة، وهو يدعي الرد، فان أمانتها تقتضي أن يكون قوله مقبولاً وهو الرد، فان الرد معناه خروج يده عن كونها أمانية.

فالنتيجة هو عدم قبول قوله، فصحة يده تقتضي عدم قبول قوله، لا أنه بدعوىٰ الرد لايقبل قول الأمين حتى يرد عليه اشكال الشيخ (قدس سره).

وأما عموم «لا تتهم من أئتمنته» فانه يقتضي أن تكون دعوى الرد من الأمين مقبوله، بل هذه الكبرىٰ تحكم بقبول قول الأمين اذا كان أميناً، والمفروض أن دعوىٰ الرد معناه باقراره لايكون أميناً، و دعوى الرد يكون بهذه المثابة. وقد مثلنا في تحقيق قول الأمين بانه يسمع قول المشتري في دعوىٰ البيع والبائع في دعواه اذا لم يتعقبه بالفسخ، فان الفسخ انما يضاد مع بقاء البيع.

وعلى هذا فان الحكم ببقاء البيع يضاد مع الفسخ. و هكذا في المقام، فان الرد من الأمين انما يضاد مع بقاء أمانته، و من حجية قوله في الرد يقتضي عدم

بأن ادعىٰ أنه اشتراه في الذمة لنفسه ثم أدى الثمن من مال المضاربة ولو كان عاصياً في ذلك [١].

قبول قوله في الرد كما لا يخفىٰ.

[١] البحث في هذه المسألة يكون عن نقاط كالآتي:

النقطة الأولىٰ: العامل المضارب وكذلك باقي العمال في الأمور المتعلقة بشغلهم وأغراضهم اذا اشتغلوا بها، فانه يحمل ذلك على أغراضهم، وان اطلاق ذلك يكون محمولاً على ذلك، والحمل على خلافه يكون محتاجاً الى القرينة.

فان المخرج للكنز أو المعدن اذا كان عاملاً لغيره، فان اجارته لاستخراج المعدن يجعل ما يستخرجه متعلقاً بمن استأجره، فنفس المستخرج يكون آلة للاستخراج، فلا يكون قصده لنفسه بنحو وحدة المطلوب و يحتاج الى القرينة. فنفس الاطلاق يقتضي كونه للمستأجر، الا أن يأتي بقرينة تدل على كونه لغيره أو لنفسه.

واذا عرفت هذه المقدمة وانه كيف يقتضي الاطلاق ذلك، فنقول: ان العامل المضارب بعد ما اشترى الجنس ادعىٰ أنه اشتراه لنفسه، فان شراء الجنس عند كونه آلة للمضاربة يجعل ادعاءه لنفسه على خلاف الأصل، فان الآلة كما قلنا يقع البيع فيها لذي الآلة، فادعاؤه لنفسه يكون على خلاف أصل الحجة، فيكون مدعياً. وادعاء المالك بأنه للمضاربة على ما يقتضيه الاطلاق في مسألة المستأجر، فيكون المالك بوجود الظهور على طبق قوله منكراً، فيكون القول قول المالك مع يمينه. وأما ادعاء العامل على خلاف الأصل والاطلاق فذلك يقتضي أن تكون الآلة وكل ما أتى به لذي الآلة.

وعلى هذا فان الأصل يقتضي كون قول المالك مطابقاً للأصل وقول العامل على خلاف الاصل. وأما كونه أميناً فلا يعلم القصد الا من قبله.

وما ذكره بعض الأساتذة في المقام من أن القاعدة العقلائية هنا تقتضي كون ما اشتراه لنفسه وأنه اذا لم يكن كذلك لما قام للمسلمين سوق. فانه لايشمل المقام

....

بل يكون بالعكس، فان الآلة اذا أتى بشئ يسند الى ذي الآلة، واطلاقه يقتضي كذلك، وأما في غيره فيكون محتاجاً الى القرينة، فيكون الظهور الحجة مقتضياً لكون الآلة مأتية للمستأجر وذي الآلة، فيكون العامل و ما يأتيه للمضاربة، وان كان لغير المضاربة فيحتاج الى القرينة المعينة المغايرة للاطلاق، والا فالاطلاق يقتضي أن يكون للمضاربة.

وعلى هذا فان العامل الذي يدعي أنه اشتراه لنفسه يكون مدعياً يحتاج الى بينة، فان أقام البينة فهو والا فان الأصل يقتضي مايدعيه المالك. وأما ما يدعيه العامل فلا يقبل منه، فانه وان كان مسلطاً على المال ولكن تصرفاته كلها تسبيب من المضاربة، فيكون الاطلاق هو ما يقتضيه التسبيب، والمالك عند ذلك يكون قوله مطابقاً للاطلاق، والعامل يدعي أنه اشتراه مخالف للأصل، فيحتاج الى البينة، و مع عدم وجود البينة للعامل يكون قول المالك حجة مع اليمين فيقدم قوله.

النقطة الثانية: لو ادعى المالك أنه اشتراه للمضاربة والعامل يدعي أنه اشتراه لنفسه، قدم قول العامل، لأنه أمين كما ذكره الماتن.

وان علم أنه أدى الثمن من مال المضاربة، فان التفويض التام الحاصل من عقد المضاربة يجعل ما يشتريه للمضاربة، وان ما يدفعه -وان قصد لنفسه بحسب عمله المضاربي- يجعل ما يفعله ثمناً للمال واقعاً للمضاربة، الا أن يصرح بكونه دفع على نحو وحدة المطلوب لنفسه لا للمضارب على خلاف الاطلاق، لأنه دفع تسبيباً للمضارب على نحو الاطلاق، فلابد من قرينة خاصة لتغيره عما سبب له. و ذلك مفقود في المقام، لأن المفروض أنه اشتراه في الذمة، و شراؤه كذلك يقتضي أن يكون واقعاً للمضارب، فلا يكون عاصياً ويقع البيع أو الشراء للمضاربة ولا يكون عاصياً، فان الاطلاق يقتضي ما قلنا. ولو كان الاشتراء من مال نفسه فان التفويض التام الوارد من العقد يكون هذا مؤداه لا التصريح التام على خلاف الاطلاق، وهو مفقود في المقام على ما اشتراه في الذمة.

(مسألة ٥٩)- لو ادعى المالك أنه أعطاه المال مضاربة وادعى القابض أنه أعطاه قرضاً، يتحالفان[١].

ومن الواضح: ان كل التصرفات من قبل العامل اذا لم يأتِ بقرينة، فيكون واقعاً للمسبب ولايكون عاصياً الا أن يكون على نحو وحدة المطلوب. وهذا لم يقم قرينة عليه خصوصاً اذا اشتراه وجعله في معرض الشركة للمضاربة، فان ذلك ظهور في كونه للمضاربة، بل نفس الاتيان والأداء للمضاربة يكون قرينة على أنه للمضاربة، فان كونه من مال المضاربة قرينة على أنه التسبيب بعد أن لم يكن مصرحاً بكونه لنفسه، فاعطاؤه من مال المضاربة قرينة معينة للتسبيب، فكيف يكون عاصياً مع هذا الاطلاق. الا أن يكون هناك شرط من المالك، فحينئذٍ يكون خلاف شرط المالك، فيكون عاصياً. ولكن المفروض عدم هذا الشرط، فحينئذٍ يكون اعطاء المال من مال المضاربة قرينة مؤيدة للاطلاق، كما هو واضح لمن تدبر.

ثم ان العصيان انما يكون في دفعه لمال المضاربة و قصده عدم أدائه، و هذا معنى الخيانة. و ذلك أيضاً مفقود في المقام، لأنه لايعلم الا من قبله، و المفروض عدم اعلامه. وعليه فلايكون عاصياً، الا أن يدعي المالك ذلك فيكون دعوى أخرى.

[١] هنا فرض ما اذا كان المال مقبوضاً والمالك يدعي كونه رأس مال له و أنه يختص بنصف الربح والعامل يدعي القرض فيكون مالكاً لكل المال والربح الحاصل منه. فاليد الموجودة للعامل على المال تكون دالة على الملكية بتمامه.

وعليه يكون المالك مدعياً والعامل منكراً، وتكون اليد الموجودة معينة لانكاره، فلابد وأن يقيم المالك البينة على مدعاه، والا فيحكم على ما أنكره العامل، فان كانت الدعوى في حال العمل من العامل في المال فانه لما كان مدعياً للقرض كانت يده على الأصل والربح مؤيدة لكونه مالك.

وأما المالك فانما يدعي المضاربة، و قلنا بأنها تجعل كون رأس المال للمالك

فـان حلفا أونكلا، لـلـقابض اكثر الأمرين مـن أجرة المثل والحصة من الربح، الا اذا كانت الأجرة زائدة عن تمام الربح، فليس له أخذها، لاعترافه بعدم استحقاق أزيد من الربح [١].

والربح الحاصل من المال بالمقدار المتوافق عليه للمالك، فيكون المالك مدعياً.

وهذا بخلاف العامل، فانه بادعائه القرض وكون المال في يده مما يؤيد قوله في ملكيته للأصل والربح الحاصل من المال، ويكون من قبيل المدعي والمنكر، ولايكون من قبيل التداعي والتحالف.

هذا اذا كان المال مسلماً للعامل وحدث بينهما النزاع، وأما اذا وقع العقد بينهما من تصرف في المال والاسترباح وحدث بينهما النزاع في أنه مضاربة أو قرض وادعى العامل كونه قرضاً والمالك يدعي كونه مضاربة، و ادعاء العامل للقرض كان بعد وقوع العقد بينهما ولكن لم يجعل المالك المال في تصرف العامل. فان المقام يكون كذلك، لأن بعد انعقاد المضاربة يكون المالك مسلطاً على ماله بأزاء نصف الربح الذي يسترىحه العامل من المال، وفي العقد يسلط العامل بعمله للمالك بنصف من الربح كذلك. و نزاعهما في المقام قبل أن يجعل المالك المال في حوزة العامل، وانما أوقعا العقد بينهما، و بعد وقوع العقد اختلفا، فالمالك يدعي ايقاع العقد للمضاربة والعامل يدعي ايقاع عقد للقرض. فدعوى المالك المضاربة يجعله مستحقاً على العامل العمل، والأصل عدمه، فيكون العامل منكراً أيضاً والمالك هوالمدعي، لأنه يكون له على عاتق العامل عمل، فيكون مدعياً وعليه البينة.

وعلى هذا فيكون المورد مورد المدعي والمنكر على جميع التقادير، و تكون البينة على المالك واليمين على العامل المنكر، ولامجال للتحالف أصلاً في هذا المورد كمالا يخفى.

[١] اذا كان أمر المالك والعامل راجعاً الى أن المالك يدعي المضاربة وأن له نصف الربح وملكية تمام رأس المال، والعامل ينكر ذلك وأن المال بتمامه ملكه

(مسألة ٦٠)- اذا حصل تلف أو خسران فادعىٰ المالك أنه أقرضه وادعى العامل أنه ضاربه، قدم قول المالك مع اليمين[١].

وليس له التصرف بالربح، بل يكون تمام المال والربح للعامل وتكون البينة للمالك وان لم يأتِ بالبينة، يحلف العامل وله تمام المال والربح الحاصل من المال.

و حينئذٍ يكون مرجع هذا النزاع الى أن الأمر لايقتضي التحالف حتى تترتب عليه هذه الآثار وانما يكون بالبينة، و بعد عدم وجود البينة يكون للعامل الحلف، و بعد الحلف يكون الأصل والفصل له. وماقيل أو يمكن أن يقال فانه ناشئ عن عدم البينه والتدبر كما لا يخفىٰ.

[١] هنا تعرض الماتن لفرض ما اذا حصل الخسران و تنازعا في أن المال مضاربة أو قرض، فالمالك يدعي القرض ليكون رأس المال والربح في عهدة العامل، والعامل يدعي المضاربة حتى يكون المال التالف في عهدة المالك والعامل.

والتحقيق: ان المال كان مالاً للمالك وأداه الى العامل، وهذا مما لا اشكال ولانزاع فيه بينهما.

ولكن المالك يدعي أن يكون العامل متملكاً للأصل والربح فيكون كله في ضمانه، والعامل يدعي أنه بمجرد العقد تملك الربح والأصل باق في ملك المالك فتملك نصف الربح مورد توافقهما، وأما أصل راس المال و مقدار نصف الربح مورد اختلافهما، حيث يدعي المالك بقاءه في ضمان العامل، والعامل ينكر ذلك. والأصل يقتضي عدم دخول نصف من الربح وأن أصل رأس المال غير داخل في ملك العامل.

ومن ناحية أخرى تكون دعوى المالك بأن التصرفات الصادرة من العامل تكون في ملكه، وأما العامل فيكون مرجع دعواه الى أن التصرفات الصادرة منه لا تكون الا في المال المشترك .

و حينئذٍ فنقول: ان اليد الموجودة في المقام للعامل يدعىٰ أنها يد أمانية و يد

....

المالك على أنها على أمواله، فالمالك يرتب يده على مال العامل بحكم المالك و يتملك الربح الحاصل من المال، فكبرىٰ «على اليد» لا تكون شاملة للمقام بادعاء المالك، فانه لما كان مدعياً للمضاربة والعامل مدعياً للقرض كان المقام مقام التباين، لأن الخصوصيات العقدية في الآثار تكون داعية للتباين، فيكون المقام مقام التداعي اذا تعرضنا للأخذ بمصب الدعوى.

وأما اذا أخذنا بغرض الدعوى، فيكون الأمر غير مطابق للدعوىٰ، فان المالك يجعل المال في حوزة العامل برأس ماله والربح الموجود من هذا المال، فتكون دعوىٰ المالك على عدم استحقاقه من أصل رأس المال والربح الحاصل منه، والعامل يدعي أن المال لايكون له،لا رأس ماله، وانه يستحق بأزاء الربح الحاصل منه ولايضمن رأس المال و ما يتلف من رأس المال يكون بينهما. فيكون نزاعهما راجعاً الى أن المالك يدعي كون المال راجعاً الى الأصل وفي صورة التلف يكون جابره الربح الحاصل من الربح الموجود المشترك بين العامل والمالك بالمال المشترك بينهما، لأن المال لما كان في حوزة العامل وتلف فان رأس المال عند فرض كونه نقداً فتلف يكون على الاشتراك بين العامل والمالك، فالعامل لما يدعي المضاربة الصحيحة معناه أن القدر التالف يكون مشتركاً بينهما، فيكون غرض الدعوىٰ أن العامل مدع للاشتراك في جبران التلف الحاصل في هذا المال، والمالك مدع لكون التلف على المال المشترك بينهما، فلا يكون مجال لقاعدة اليد، لأن المالك والعامل متفقان في أن اليد الموجودة للعامل على المال تكون يد الضمان المعاوضي، ولكن الاختلاف بينهما في المراد من هذه المعاوضة، فهل هو قرض كما يدعيه المالك أو هو مضاربة صحيحة كما يدعيها العامل؟

فذكر اليد الموجودة في المقام لا اختلاف فيها بينهما حتى يتمسك به، والمفروض أن المال في يد العامل والعامل انما يدعي المضاربة، لأن مقدار الربح الذي يكون في حصته يجعله جابراً للتلف، فيكون قد أقر لجبرانه للتلف بهذا

....

المقدار، فيكون نتيجته اقرار العقلاء على ماهو في سلطنته نافذ، فيكون مقدار الربح الذي يكون حسب ادعائه يجبر بالتلف الوارد على المال، فيبقىٰ باقي الجبر من التلف، فان المالك يدعي ضمان العامل للباقي والعامل ينكره، فان القول قول العامل مع بينته.

لأنا ان لاحظنا أصل الدعوى كانا من المتداعيين، فكل منهما منكر و مدع، وان لاحظنا الغرض من الدعوىٰ بعد التلف وأنه كيف ينجبر فالمالك مدع لكون التلف كله على عاتق العامل لأنه يدعي القرض، والعامل بادعائه المضاربة الصحيحة أنه يملك نصف الربح بمجرد العقد، فيكون رأس المال في نقديته مشتركاً بين العامل والمالك.

ففي هذا المال المشترك يدعي المالك أن باقي التلف يكون في ضمان العامل لادعائه القرض وان رأس المال يكون له و يضمن جميع المال، والعامل ينكر ذلك وأنه ليس على عاتقه الا المقدار المقر به، فيكون المالك مدعياً والعامل منكراً،فالقول قول العامل مع يمينه كمالا يخفىٰ.

هذا اذا كان المال قد تلف في يد العامل، وأما اذا انعكس الأمر فان العقد قد وقع بين المالك والعامل، و جعل المالك المال في حوزة العامل ولم يتصرف فيه ثم حدث بينهما النزاع، فالمالك يدعي أن المال الذي جعل تحت تصرف العامل قرض، والعامل يقول بأنه مضاربة، والمفروض أنه بعد لم يستربح بالمال، فالمالك يدعي القرض والعامل يدعي المضاربة والمال في حوزة العامل، والمفروض أن المال قد تلف، فان المالك يدعي القرض وأنه يجب على العامل بدله، والعامل يدعي المضاربة وأنه قبل التصرف لم يتحقق العقد لانتفاء موضوعه. فالمالك يدعي المال على ذمة العامل، والعامل ينكر ذلك، والربح لم يتحقق حتى يكون كالفرع السابق، فيكون مدعياً و منكراً، فالقول قول العامل مع يمينه، الا أن يقيم البينة أو يقال بأن كل منهما مدع و منكر.

....

ومن الواضح: ان المالك يدعي القرض وان القرض يعارض بخصوصياته عقد المضاربة، والمعارضة بينهما بنحو التباين، فمن الواضح أنا لوأخذنا مصب الدعوى فان المالك يدعي كون المال، أما في عقده فيريد الأصل من العامل ولا يريد النظر في ربحه ولايريد النظر في تلفه، لأنه كله يكون على عاتق العامل، بل عندئذٍ يريد أصل ماله.

هذا من ناحية المالك، وأما العامل فانه وان لم يتصرف في المال الا أنه يدعي المضاربة، و معناه أن المالك سلط العامل في ماله بأزاء الربح الحاصل من المال.

فمن الواضح أن المال يكون مال المالك بحسب سلطنته عليه و بأزاء الربح الحاصل من المال، فيكون رأس المال عند كونه نقداً و طرو العقد عليه أوجب هذا التسليط من المالك للعامل بمجرد العقد، فلو لم يتصرف في المال لا يستحق من المال ولامن الربح ولابد وأن يرد الى المالك جميع ماله، وان تصرف فانه بالتصرف يملك الربح الحاصل من المالك، والا فلا يملك لامن أصل المال -لأن المال لابد وأن يكون بأزاء الربح فما دام لم يسترتبح من المال لايملك شيئاً اصلاً.

وعلى هذا فالغرض بين الادعائين يكون بنحو التباين، اذ أن أحدهما يدعي الملكية بمجرد التسليم والآخر يدعي عدم الملكية أصلاً الا بالتصرف، ويكون أصل المال ملكاً للمالك. وأما اذا تصرف في المال و حصل على ربح فتكون له حصته.

وهذا اذا لوحظ مصب الدعوىٰ، وأما اذا لوحظ الغرض من الدعوىٰ فذلك يختلف عن مصب الدعوىٰ، فان المالك يدعي أن المال جعله في حوزة العامل وليس له من الربح ولا أصل له فيه وانما يريد أصل رأس المال، والعامل يقول بأن المال ليس له وانما أصل رأس المال للمالك، ويكون للعامل حصة من الربح بأزاء عمله.

وفي هذا المجال المالك يدعي أن هذا المال ملك للعامل بتمامه والعامل ينكر

(مسألة ٦١)- لوادعى المالك الابضاع والعامل المضاربة، يتحالفان، ومع الحلف أو النكول منهما يستحق العامل أقل الأمرين من الأجرة والحصة من الربح، ولو لم يحصل ربح فادعى المالك المضاربة لدفع الأجرة وادعى العامل الابضاع استحق العامل بعد التحالف أجرة المثل لعمله[١].

ذلك الا بمقدار الربح الحاصل من المال عند الاسترباح، فالعامل منكر للتملك بتمام المال والمالك مدع لذلك، فيكون أمرهما راجعاً الى أمر المنكر والمدعي. وقد فرضنا أن المالك لابد له من البينة لذلك، وان أقام لذلك فهو والا فالقول قول العامل مع يمينه، كما هو واضح.

و بعد أن كان أمرهما أمر المدعي والمنكر فلا مجال لما ذهب اليه بعض الأساتذة من أن الغرض بعد أن كان هو التلف فلا يكون هناك أصل سببي أو مسببي حتى يفرق بينهما.

[١] في المسألة بحثان:

البحث الأول: دعوى المالك الابضاع و دعوى العامل المضاربة. فالملاحظ لوكان هو مصب الدعوى فتكونان متعارضتين، لأن المالك يدعي الابضاع الصحيح والعامل لايملك شيئاً من الربح وان له أجرة المثل والربح بتمامه داخل في ملك المالك، والعامل يدعي المضاربة الصحيحة وان بمجرد العقد يملك العامل المقدار المتوافق عليه بينهما من الربح بحيث لايدخل في ملك المالك أصلاً و بمجرد الظهور يدخل في ملك العامل، فيكون بين ادعائهما تعارض.

ولكن اذا لم يكن في الدعوى غرض فلايكون مورد اعتناء العقلاء، فلابد من ملاحظه غرض الدعوى.

ومن الواضح: ان المالك والعامل تارة يكون نزاعهما قبل الاسترباح و أخرى يكون بعد الاسترباح.

فان كان النزاع قبل الاسترباح فانه بمجرد العقد ادعى المالك أبضاعه وادعى

....

الـعـامل المضاربة، فـالـمالك يدعي أن بمجـرد العقد ليس للعـامل شئ من الربح الحاصل من الـمال، والعامل يـدعي بمجرد العقد التشريك فـي الربح الحاصل من المال. فعلـى مبنىٰ المـاتن القائل فـي المضاربة بأن الـربح بعد حصوله يدخل في ملك المالك لرأس المال، فيخرج حسب التوافق الى العامل.

ولكن هذا على خلاف مبنانا، فانه بمجرد العقد معنـاه أن المالك بعقده جعل مـايسترب من المـال داخـلاً في ملك العامـل، ولـكن هذه الجهة متـزلزلة و يستقر الربح عنـد الظـهور ولا ربط له بالـمـالك. و هذا مما يـوجب الفرق بيـن المبنيـين و يختلف بينهما كثيراً كمامرّ ويأتي.

أما مورد التوافـق بين العامـل والمالك ، فان الـمالك دفع المال الى العامل بأنه أمين، فان ذلك مضـاربة أو بضاعة، فتـكون الأمانية مـورد توافقهما. فالمالك يدعي أن العقد لم يـوجب اختصاص العامل في الربح الحاصل من هذا المال ولاحق له، والعامل يدعـي اختصاصه بالـحق، بأن يكون لـه حق بمجرد الـعقد، فيكون المالك منكراً والعامل مدعياً للحق.

ولكـن انكـار الـمالـك لابد وأن يكـون مستـنداً الى حـجة قـائمة عـلى مـدعاه، والأصل المـوجود عبـارة عـن كونه مـالكاً للـمال باطـل والربح الحـاصل منـه. وهذا الأصـل لامحل لجريانـه فـي المقام، لأنه علـى تـقدير البضاعة يـكـون للعامل أجرة المثل، وعلـى تـقـدير المضاربة يـكـون الـعامل شريكاً مـع الـمالك بمجرد الـعقد. والمفروض أنه لايخلو الأمر منهما، فلا يجري استصحاب بقاء السلطنة للمالك على رأس المال والربح الـذي كان للمالك قبل التسليم الى العامل، ولو لم يسترب من الـمـال فالعامل لـمـا اسـتلم المال ان كـان مضـاربة بهذا التسليـم صار شريكاً مع المالك في الربح الحاصل من المال.

البحث الثاني: وهـو فرض جعل المال تحـت تصرف العامل للاستـرباح بالمال ثـم حدث بـينـهـما نـزاع في ايـقـاع الابضاع الصـحيـح وادعـاء العـامل الـمضـاربة

....

الصحيحة، فان ادعاء المالك يباين ادعاء العامل في اكثر الخصوصيات وانها مباينة لخصوصيات الآخر.

ولكن في مقام الدعوى لابد من ملاحظة الغرض المقصود من النزاع لامصب النزاع، فان المدعي تارة يكون هوالمالك حيث يدعي البضاعة و تسليط العامل على ماله و تصرف العامل فيه من الاسترباح وكون رأس المال والربح ملكاً له والعامل لايستحق الاأجرة المثل، والعامل يدعي المضاربة الصحيحة وأنه مسلط على المال و بهذا التسليط والاسترباح يكون مالكاً للربح وكون رأس المال مشتركاً بينه و بين المالك. فالمالك يدعي رأس المال والربح والعامل يدعي الاشتراك في المال، و بعد كون المال نقداً فباعتبار المضاربة يكون الأصل مقتضياً عدم وجود حق للعامل في هذا المال المدعى للمضاربة، فيكون الأصل مع مدعى المالك، فالعامل لابد وأن يقيم البينة على الاشتراك .

ولكن هذا الأصل لايكون جارياً في المقام وان ذكره بعض الأساتذة، لأن المالك قد جعل المال في حوزة العامل لأجل الاسترباح، وأما عنوان البضاعة التي يدعيها المالك وعنوان المضاربة التي يدعيها العامل، كل منهما مشكوك فتبعية الربح للأصل، تكون شبهة مصداقية لجريان الأصل، فلايكون الأصل جارياً في المقام.

وعليه لابد من النظر في الأصول الجارية هنا، فان المال في يد العامل وهو يدعي أنه يشترك في الربح مع المالك، و بعد كونه نقداً يكون رأس المال أيضاً مشتركاً باعتبار الربح بينه و بين المالك. وعلى أي فان اليد الموجودة للعامل تعين أن يكون القول قوله مع يمينه، لأن الأصل مع ذي اليد الا أن يقيم المالك بينة على أنه بضاعة.

هذا اذا كان المال مسلماً للعامل، فان اليد الموجودة على الربح بتبعية رأس المال الذي يقتضي كونه نقداً يكون العامل مسيطراً على الربح، لأن له الحصة منه

....

و مسيطراً على رأس المال، لمكان شرطيته نقداً، و به يشترك مع المالك في رأس المال.

وعلى هذا تكون يده على الربح دالة عل ملكيته له، وكون يده مسيطرة عل رأس المال تجعله شريكاً في رأس المال، فيكون على الأصل الذي يكون العامل واجداً له، و ما يدعيه المالك لابد وان يقيم عليه البينه.

و بذلك أيضاً يمكن النظر في المسألة المتقدمة، لأن ايقاع عقد المضاربة يجعل العامل مسيطراً على المال وهوتحت يده، فان القول قوله مع يمينه، لأن اليدالموجودة على المال مرجحة لما يقول به، فالقول قوله، الا أن يقيم المالك بينة على البضاعة والا فان القول كما قلنا قول مدعي المضاربة مع يمينه.

وعلى هذا فان الأصل الجاري للمالك يكون شبهة مصداقية ولا يجري هنا كما اتضح ذلك مما تقدم.

وعليه فلا مجال للتحالف في المقام، مضافاً الى الاشكال الذي تقدم في الأصول، لأن الأصل يكون متفقاً بين العامل والمالك، لأنهما يتفقان بأن للعامل أجرة -أما هي أجرة المثل كما يقول المالك واما أجرة المسمىٰ كما يقول العامل- فان الأصل متفق فيه على عدم جريانه، فالتداعي لامجال له هنا، لأنهما متفقان في الغرض وهو استحقاق العامل للحصة، ولكن الاختلاف في أنها المسمىٰ أو المثل:

وفي هذا المجال يمكن أن يقال: بان المالك والعامل يقران أن طبيعة الأجرة يستحقها العامل، وطبيعة الحصة كما ينطبق عليها أجرة المسمىٰ كذلك ينطبق عليها أجرة المثل.

ومن الواضح أن الابعاض -بعد أن كان المالك يدعي المضاربة الفاسدة ولم يدعي المجانية والعامل يدعي المضاربة الصحيحة- فقهراً تكون طبيعة الأجرة متفقة بينهما، ولكن الاختلاف في جهة واحدة، وهي أن العامل اذا كان يدعي

....

المضاربة والمالك يدعي الابضاع أو يدعي الابضاع مجاناً فللعامل أجرة المثل.

و نتيجة ذلك: ان العامل يدعي الشركة في رأس المال باعتبار كونه نقداً، والمالك يدعي عدم الشركة، والأصل عدم الشركة، فيكون الأصل مع المالك، فيكون المالك منكراً والعامل مدعياً.

وعلى كل تقدير فلامجال للتحالف لكونهما متباينين، فتارة يلاحظ ادعاء العامل و أخرى يلاحظ ادعاء المالك، و كلاهما يقران بأن المال كان عند العامل أمانة وان العامل يستحق أجرة اما المسماة أو المثل، فهما معترفان بأن للعامل حق فيه، فانه يدعي الشركة في رأس المال والمالك ينكر ذلك الادعاء. فان ادعاء العامل للمضاربة وان كان موجباً لانكار أجرة المثل التي يدعيها المالك في الابضاع على تقدير التحالف الذي قال به في القواعد، الا أن الابضاع الذي يدعيه المالك معناه أن العامل يكون له الأجرة، لأن ما يدعيه المالك من الابضاع والتصرف لايجعل العمل بدون أجرة.

وعلى هذا يستقيم ماقلناه من أن المالك والعامل متوافقان على أن المال بطبيعته مورد توافقهما، وعليه فيكون النزاع بين الزيادة والنقيصة.

ومن الواضح: ان المال يكون بيد العامل، فيده توجب أن يكون هوالمنكر، فاذا لم يقم المالك البينة على ما يدعيه فللعامل الأخذ من المال بمقدار مضاربته و دفع الباقي الى المالك، ولايكون المورد مورد تحالف.

وعلى تقدير كون المورد مورد التحالف يكون المرجع هو أصالة عدم الشركة، لأن مرجع ادعاء العامل للمضاربة كونه شريكاً مع المالك في رأس المال، والأصل عدم الشركة، فلايكون مورداً للتحالف أيضاً.

ومن الناحية الأخرىٰ: يكون ادعاء المالك للمضاربة لايكون انكاراً لما يدعيه العامل من أن له اجرة المثل، فيكونان متوافقين في أصل الطلب. وعليه لايكون مورد للاقرار والانكار، وان دعوىٰ العامل المضاربة و دعوى المالك البضاعة

....

هوالمرجع للطبيعة والخصوصيات، فيكون الأصل مقتضياً لعدم الزيادة من كل واحد من الطرفين، الا أن الخيار يكون للعامل لأن المال في يده.

ومن الواضح: أن الربح تابع للأصل، ولكن لايوجب أن يكون القول قول المالك بعد كون المال في يد العامل، لوكانت الحصة زائدة عن أجرة المثل.

وأما في صورة عدم حصول الربح وادعاء المالك المضاربة حتى لايستحق العامل أجرة كما قلنا، وادعاء العامل الابضاع لاستحقاقه به أجرة المثل، فان المالك يعتبر العامل أميناً، والعامل لاينكر ذلك بل يدعي أجرة المثل، والمالك ينكر ذلك، فيكون الأصل مع المالك، لأنه ينكر أجرة المثل والأصل معه.

ولا يكون من التداعي، اذ أن المالك يدعي المضاربة، و قانونها في صورة عدم حصول الربح حرمان العامل من الأجرة، فادعاء المالك المضاربة بعد عدم حصول الربح لاشيئ للعامل. مع أن العامل يدعي البضاعة وأنه يعمل لحساب المالك، وأنه بعد العمل يكون للعامل أجرة المثل، ولا تكون اجرة المثل دائرة مدار الربح، فالمالك ينكر الأجرة للعامل والعامل يدعيها، فالأصل يقتضي أن لا تثبت الأجرة للعامل.

وفي هذا المجال قال بعض الأساتذة: ان المالك لما كان يدعي المضاربة وكون العمل بلا أجرة فيكون مدعياً، والعامل لما عمل في المال فيكون منكراً لكون العمل بلا أجرة، فيكون قوله موافقاً للأصل من ضمان عمل المسلم وكونه على حجة.

ولكن لايمكن الاصغاء اليه، لأنه على تقدير المضاربة لايكون احترام عمل المسلم شاملاً له، و على تقدير البضاعة يكون مشمولاً لاحترام عمل المسلم، والمورد لما كان مورداً للنزاع وكان شبهة مصداقية للعموم، و بعد كونه شبهة مصداقية فلايمكن التمسك بالأصل. وهو في المقام أصالة عدم ضمان أجرة المثل الذي يجري بحق المالك.

(مسألة ٦٢)- اذا علم مقدار رأس المال ومقدار حصة العامل واختلفا في مقدار الربح الحاصل، فالقول قول العامل. كما انهما لو اختلفا في حصوله وعدمه، كان القول قوله.

ولو علم مقدار المال الموجود فعلاً بيد العامل واختلفا في مقدار نصيب العامل منه، فان كان من جهة الاختلاف في الحصة أنها نصف أو ثلث فالقول قول المالك قطعاً، وان كان من جهة الاختلاف في مقدار رأس المال فالقول قوله أيضاً، لأن المفروض أن تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلاً و ربحاً. و مقتضىٰ الأصل كونه بتمامه للمالك، الا ماعلم جعله للعامل.

وأصالة عدم دفع أزيد من مقدار كذا الى العامل لا تثبت كون البقية ربحاً، مع أنها معارضة بأصالة عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا، فيبقىٰ كون الربح تابعاً للأصل الا ماخرج [١].

---

[١] تقدمت كبريات هذه المسألة، لكن لما ذكر الماتن فروعاً لها هنا أحببنا توضيحها تتميماً للفائدة، فنقول:

الأول: ان العامل أمين يقبل قوله، وأصالة عدم الربح زائداً عما يقوله العامل فالقول قوله. هذا ما تفضل به بعض الأساتذة.

ولكن لما كان الأصل والربح بيد العامل وكونه ذا يدعلى الأصل والربح، فيكون القول قوله، الا أن يقيم المالك على ما يدعيه البينة.

الثاني: اذا اختلفا في حصول الربح و عدمه فالقول قول العامل، لأنه أمين يقبل قوله مع اليمين أيضاً.

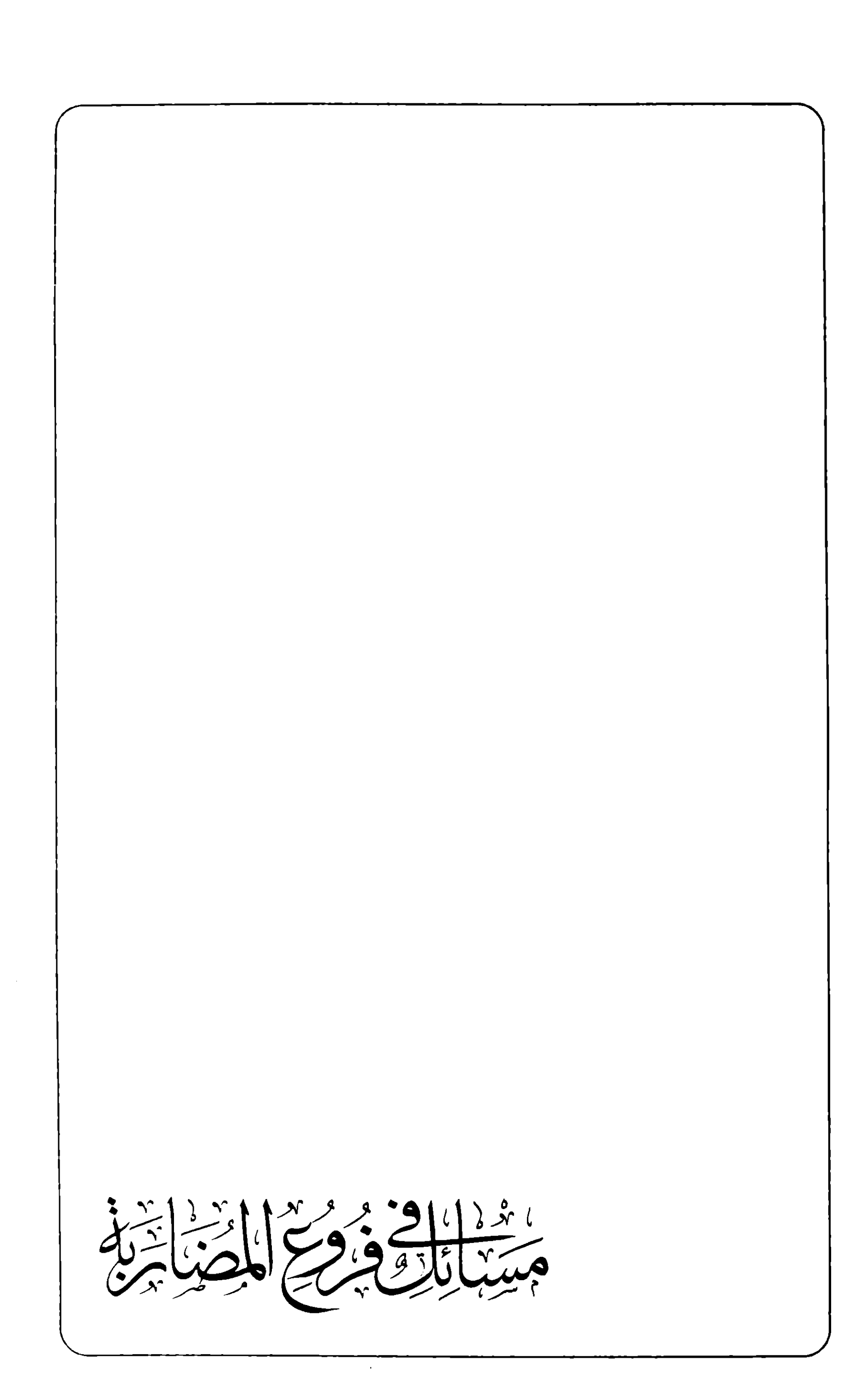
الثالث: اذا كان مقدار رأس المال معلوماً بيد العامل وكان العامل متصرفاً في المال و مستربحاً به واختلفا في مقدار حصة العامل، هل انها النصف أو الثلث أو الربع، فان المال لما كان بيد العامل فان اليد الموجودة للعامل تجعل الأصل معه

....

في تملكه لما يدعيه، فيكون ذو اليد و يكون القول قوله. الا أن يقيم المالك البينة على خلاف ذلك، لأنه بايقاع عقد المضاربة يكون العامل مالكاً لمقدار من الربح، ويكون ذواليد على تمام الربح، فيكون الزائد من نصيبه راجعاً الى المالك، لما تقتضيه يده على ذلك. والاصل مع العامل، الا أن يقيم المالك البينة على خلاف ذلك، و بايقاع عقد المضاربة خرج عن التبعية.

الرابع: اذا كان الاختلاف من جهة مقدار رأس المال فالقول قول العامل أيضاً، لأنه بأصالة عدم ما يدعيه المالك يكون الأصل في طرف العامل، لأن المفروض أن المال برأسه و ربحه يكون بيد العامل، و يكون ربح المال أولاً و بالذات -بعد كونه للمالك ولكن بالعقد في يد العامل وهو أمين في المال برأسه و ربحه- فما يدعيه العامل يكون ذا يد عليه، فيسمع قوله. وما يدعيه المالك من الزيادة يكون الأصل مورداً لنفيه.

والتبعية التي تمسك بها الماتن قد أنكرها في موارد أخر، فما عدى مما بدىٰ، لأن العامل ينتقل اليه بمجرد العقد جميع المال من رأسه و ربحه، أما رأس المال فهو أمين وأما الربح فينتقل اليه رأساً تلقائياً، فيكون الأصل والربح في حوزته، و يكون الأصل عدم الزيادة عما يقتضيه ادعاء المالك، فالأصل المسببي لامجرىٰ له، فيكون الأصل السببي جارياً، لأن يد العامل موجودة.


مسائل في فروع المضاربة

الفصل السادس:

مسائل في فروع المضاربة

(الأولىٰ) اذا كان عنده مال المضاربة فمات، فان علم بعينه فلا اشكال، والا فان علم بوجوده في التركة الموجودة من غير تعيين فكذلك، ويكون المالك شريكاً مع الورثة بالنسبة. و يقدم على الغرماء ان كان الميت مديوناً، لوجود عين ماله في التركة.

وان علم بعدم وجوده في تركته ولا في يده ولم يعلم أنه تلف بتفريط أو بغيره أوردّه على المالك، فالظاهر عدم ضمانه. و كون جميع تركته للورثة، وان كان لايخلو عن اشكال بمقتضىٰ بعض الوجوه الآتية.

وأما اذا علم ببقائه في يده الى مابعد الموت ولم يعلم أنه موجود في تركته الموجودة أولا، بأن كان مدفوناً في مكان غير معلوم أو عند شخص آخر أمانة أونحوذلك ،أوعلم بعدم وجوده[١]: ... في تركته مع العلم

---

[١] هاهنا فروع لابد من التعرض لها كالآتي:

الفرع الأول: اذا مات العامل المضارب هل يقتضي انفساخ المضاربة أولا؟

ففي هذا الفرع لابد من توضيح أن الأمر في المال لما كان بيد العامل وكذلك

ببقائه في يده بحيث لوكان حياً أمكنه الايصال الى المالك، أوشك في بقائه في يده و عدمه أيضاً. ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث وعدمه خلاف واشكال على اختلاف مراتبه.

وكلمات العلماء في المقام وأمثاله كالرهن والوديعة ونحوهما مختلفة، والأقوى الضمان في الصورتين الأوليين، لعموم قوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»، حيث أن الأظهر شموله للأمانات أيضاً.

في الوديعة بل في سائر العقود الجائزة، فان العقود اللازمة بعدجريان أدلة الخيار فيها تكون كاشفة عن أن العقد يعتبر فيه دوامه والعقلاء يعتبرون الدوام، الا أن تكون أدلة الخيار موجبة لتزلزل لزومه.

ولكن في العقود الجائزة بجميع أنواعها و عدم جريان «أوفوا بالعقود» فيها يعتبر فيها الدوام كالعقود اللازمة، مثل البيع والاجارة وغيرهما.

وعلى هذا -فمضافاًالى قيام الاجماع عليه كما ذكره القوم- لابد من الاذعان الى ذلك، ولكن مع قطع النظر عن الاجماع تكون القاعدة مقتضية بالاعتبار للدوام والاستمرار فيه، فانهم قالوا: بأن المضاربة أو الوديعة أو العارية أو غيرها آنية. فانه بعد عدم العمومية لوجوب الوفاء في العقود الجائزة معناه جواز الرجوع من الطرفين، و معنى الرجوع من الطرفين أن العقد لم يلحظ فيه الدوام والاستمرار.

ولكن قالوا في توجيهه ان موت العامل أو المالك بعد كون العمل قوامه بالاذن، فان الاذن تنتفي بالموت، فان قوام اذنه بحياته و وجوده و مع الموت يقتضي تفويت هذا الاذن.

ويمكن الخدشة فيه بأن ذلك استحالة بقاء الوكالة بعد عزله واقعاً ولو لم يبلغه بالعزل، وليس كذلك هنا، و ذلك يكشف عن نحو اقتضاء و اعتبار لأمثال هذه العقود قابل للبقاء مع عدم رضائه بعمله حتى بعد الموت. ومن هذا القبيل شرط الوكالة بنحو النتيجة في متن العقد اللازم على المختار، وقد أشرنا الى وجهه في

ودعوىٰ خروجها لأن المفروض عدم الضمان فيها. مدفوعة بأن غاية مايكون خروج بعض الصور منها، كما اذا تلف بلا تفريط أو ادعى تلفها كذلك اذا حلف. وأما صورة التفريط والاتلاف و دعوى الرد في غير الوديعة ودعوى التلف والنكول عن الحلف، فهي باقية تحت العموم.

ودعوىٰ أن الضمان في صورة التفريط والتعدي من جهة الخروج عن كونها أمانة او من جهة الدليل الخارجي. كماترى لاداعي اليها.

المسائل المتقدمة. و حينئذٍ فامكان بقاء مضامين هذه العقود الى مابعد الموت واضح.

اللهم الا أن يقال: ان سنخ أبواب الاستنابات من قبل الشخص كونه بمنزلة في زمان وجوده لا مطلقاً، وذلك لامن جهة استحالة البقاء الى ما بعد الوجود، اذ لاقصور في صحة الاستنابة بعد الموت أيضاً، كما هو الشأن في الوصية الىٰ الغير، بل من جهة قصور النظر الى أزيد من زمان الحياة. و مع ذلك كله فعمدة الاستدلال لمثل المقام هو الاجماع، والا فيمكن الخدشة في جميعها.

الفرع الثاني: ان الموت المفروض في المقام هو موت العامل، ومن الواضح أن موته بعد التصرف في المال وقبل الاسترباح منه يكون ممتازاً عن غيره لايدخل مع الغرماء فيه، لأن عين مال المالك موجودة، فتكون المضاربة منفسخة، ويكون المالك مالكاً لماله، ويمكن له أخذه.

وهذا لا اشكال فيه فيما اذا كان المال نقداً، والمفروض أنه ليس للعامل مال غير مال المضاربة، كما يفرضه الماتن. فالاسترباح يوجب الشركة مع المالك بمجرد العقد، و بعد التصرف و صيرورة المال مال التجارة لم يبق للمالك عين ماله حتى يكون مميزاً و ممتازاً عن الغرماء، و يكون العامل المتوفي شريكاً مع المالك، فالورثة فعلاً شركاء مع المالك، ولايجوز التصرف لأحد الشريكين في مال

ويمكن أن يتمسك بعموم مادل على وجوب رد الأمانة، بدعوىٰ أن الرد أعم من رد العين ورد البدل، واختصاصه بالأول ممنوع. ألا ترىٰ أنه يفهم من قوله عليه السلام «المغصوب مردود» وجوب عوضه عند تلفه.

هذا مضافاً الى خبر السكوني عن علي عليه السلام أنه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربة قال: ان سماه بعينه قبل موته فقال «هذا لفلان» فهو له، وان مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء.

وأما الصورة الثالثة فالضمان فيها أيضاً لايخلو عن قوة، لأن الأصل بقاء يده عليه الى مابعد الموت واشتغال ذمته بالرّد عند المطالبة، واذا لم يمكنه ذلك لموته يؤخذ من تركته بقيمته.

المضاربة قبل الانضاض والقسمة والفسخ.

أما الفسخ فهو متحقق بالموت، وأما الانضاض والقسمة فقبل ذلك لايجوز لأحدهما التصرف، والمتكفل للانضاض والقسمة هو المالك، لأنه شريك معه، فيكون مقدار الانضاض ممتازاً به عن الغرماء، لأنه بالانضاض يتعين حق المالك لرأس المال في حصته، فتكون العين موجودة وممتازة عن أعيان بقّية الغرماء.

الفرع الثالث: اذاضارب العامل و تصرف في المال، فتارة لم يستربح منه و يموت ثم يريد المالك استخلاص ماله و لم يكن مشخصاً في مال المورث ولايعلم أنه تلف في يده أو أنه رده الى المالك. فمسألة كونه أميناً يحتمل تلفه ورده الى المالك، فالمتيقن أن العامل مسيطر على المال، فتكون اليد يقينية ولكن غير موجبة للضمان، الا أن يكون تلفه بتفريط منه، و ذلك مشكوك. ويمكن أن يكون بغير تفريط منه، فلايوجب الضمان. و يمكن رده الى المالك، فانه غير مختص بالعامل الأمين.

و نتيجته: انه اذا كان مردداً في هذا الأمر فيكون العلم الاجمالي غير منجز، و يكون الأمر حاكماً بعدم الضمان كما ذكره الماتن.

ودعوى أن الأصل المذكور معارض بأصالة براءة ذمته من العوض، والمرجع بعد التعارض اليد المقتضية لملكيّته. مدفوعة، بأن الأصل الأول حاكم على الثاني.

هذا مع أنه يمكن الخدشة في قاعدة اليد بأنها مقتضية للملكية اذا كانت مختصة، وفي المقام كانت مشتركة، والأصل بقاؤها على الاشتراك . بل في بعض الصور يمكن أن يقال: ان يده يد المالك، من حيث كونه عاملاً له، كما اذا لم يكن له شئ أصلاً فأخذ رأس المال و سافر للتجارة ولم يكن في يده سوى مال المضاربة، فاذا مات يكون مافي يده بمنزلة مافي يد المالك، وان احتمل أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال وانه استفاد لنفسه ماهو الموجود في يده.

وأما ايراد بعض الأساتذه عليه. فهو من غير تدبر.

هذا اذا علم أنه لم يستربح بعد في المال ولم يعلم المال بعينه،فالدليل يقتضي عدم ضمان الميت. وأما اذا علم أنه تصرف في المال و استربح منه فيكون العامل شريكاً مع المالك، فيكون عند موته شريكاً مع ورثة العامل، و ينطبق عليه ماقلناه في الفرع الثاني و يختلف في بعض الوجوه.

وأما ما احتمله بعض الأساتذة من التمسك بعموم اليد - كما ذكر الماتن في توجيهه- فهو ناشٍ عن قلة التدبر في كيفية تنجز العلم الاجمالي، اذ بعد فرض علمه بعدم وجوده في تركته تكون يد الوارث على مال المورث بلا معارض، فيحكم بكونه للورثة، ولايكون العلم الاجمالي منجزاً حتى يوجب الضمان.

الفرع الرابع: اذا علم ببقائه في يده الى مابعد الموت ولم يعلم أنه موجود في تركته أولا، بأن يكون مدفوناً في مكان غير معلوم أو أمانة عند شخص أو نحو ذلك، أو علم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده، بحيث لوكان حياً أمكنه الايصال الى المالك، أوشك في بقائه في يده و عدمه أيضاً.

وفي بعض الصور يده مشتركة بينه و بين المالك، كما اذا سافر و عنده من مال المضاربة مقدار ومن ماله أيضاً مقدار. نعم في بعض الصور لايعد يده مشتركة أيضاً، فالتمسّك باليد بقول مطلق مشكل.

ثم ان جميع ماذكر انما هو اذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت مفرطاً، والا فلا اشكال في ضمانه.

أما الصورة الأولىٰ: فانه لما كان في يده بعد الموت ولم يعلم أنه موجود في تركته الموجودة أولا، بأن كان مدفوناً في مكان غير معلوم أو عند شخص أمانة و نحوه، بعد ان كانت مما احتمل خروجه عن مورد الابتلاء للوارث أو علم بخروجه عن مورد الابتلاء كمافي الفرض الآتي، كانت يده الأخرىٰ بالنسبة الى المال الموجود بلا معارض، فيحكم بكونه للورثة.

نعم بعد العلم بكون المال للمالك يكون له بدل الحيلولة من ماله الموجود، فيكون أسوة للغرماء في أخذ بدل ماله من الموجود.

هذا وان شك في بقائه في يده مع الجزم بعدم كونه في الموجود، أو الشك فيه من الأول، فيكون وجهه ماقلناه من الأحكام.

وأما لوعلم سابقاً كونه في الموجود وشك في بقائه فيه، فاستصحاب بقاء يده السابقة على مال الغير في الأعيان الموجودة يوجب سقوط يده على تمام الموجود عن الحجية، بل يقتضي أحقية مالك العين بأخذ ماله الموجود في البين بنحو الاجمال، ولايكون حينئذٍ أسوة الغرماء كماهو واضح.

ومن الواضح: أن المقام ليس مبتنياً على قاعدة اليد، كيف و يد الميت باقية على الأمانية الخارجة عن العموم الى حين الموت، وانما الضمان من جهة اعتبار العرف بقاء الحكم ليده بعد موته و انقلابه من جهة مطالبة المالك باليد الضامنة الموجبة لرجوع المالك الى بدل الحيلولة. ولولا هذا الاعتبار لما كان له وجه، لعدم اقتضاء يده حال حياته ضماناً في الموجود، ولا يد للوارث على ماله أيضاً، لأن

....

المفروض أن الموجود بمقتضىٰ يد الميت محكوم بالملكية بعد خروج المحتملات الأخرىٰ عن محل ابتلائه. كما اشرنا اليه آنفاً.

وعلى هذا فقد عرفت جميع صور المسألة، وقد أوضحنا مواضع الاشكال في كلمات الماتن.

ومضافاً الى ما عرفت لامجال للتمسك بعمومات اليد بعد أن كانت يد الميت باقية على الأمانية الى مابعد الموت الخارجة عن العموم، وانما قلنا بالضمان باعتبار العرف ببقاء حكم يده بعد موته و انقلابه من جهة مطالبة المالك باليد الضامنة الموجبة لرجوع المالك الى بدل الحيلولة، وقلنا بأنه لولا هذا الاعتبار لما كان للضمان وجه، لعدم اقتضاء يده حال حياته ضامنة في الموجود. ولايد للوارث على ماله أيضاً، لأن المفروض أن الموجود بمقتضىٰ يد الميت محكوم بالملكية، بعد فرض خروج المحتمل الآخر عن محل الابتلاء كما ذكرناه آنفاً.

ولا يمكن القول باشتغال ذمته الا ماقلنا، فالأولى المصير الى ما ذكرناه من الأخذ ببدل الحيلولة، والا فاشتغال ذمته بالرد عند المطالبة تكليف قائم به حال حياته غير مرتبط بالوارث، بعد كون فرض اليد القائمة على المال الموجود حاكية على الملكية بلا معارض.

نعم لوكان ماهو المشكوك في الموجود يقيناً يستصحب عنوان يده على مال الغير في الموجود، فيكون المالك أحق به من الغرماء.

و من الواضح بعد أن كان المال معطىٰ للمضاربة كان مشتركاً بين العامل والمالك، ولا اشكال في أن يد الاثنين تكون على الاشاعة، فيمكن التمسك بقاعدة اليد مطلقاً بعد كونها مضاربة.

ومن الواضح أن المضارب حين الموت كان أميناً غير مطالب، والوارث لم تكن يده على مال الغير، فالعرف كما قلنا يقتضي أن يرد المال الى صاحبه بدل الحيلولة كما لا يخفىٰ.

(الثانية) ذكروا من شروط المضاربة التنجيز وأنه لوعلقها على أمر متوقع بطلت، وكذا لوعلقها على أمر حاصل اذا لم يعلم بحصوله. نعم لو علق التصرف على أمر صح وان كان متوقع الحصول، ولا دليل لهم على ذلك الا دعوى الاجماع.

على أن أثر العقد لابد أن يكون حاصلاً من حين صدوره، وهو ان صح انما يتم في التعليق على المتوقع، حيث أن الأثر متأخر. وأما التعليق على ماهو حاصل فلا يستلزم التأخير، بل في المتوقع أيضاً اذا أخذ على نحو الكشف، بأن يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالي لايكون الأثر متأخراً. نعم لوقام الاجماع على اعتبار العلم بتحقق الأثر حين العقد، ثمّ في صورة الجهل، لكنه غير معلوم.

ثم على فرض البطلان لامانع من جواز التصرف و نفوذه من جهة الاذن، لكن يستحق حينئذٍ أجرة المثل لعمله، الا أن يكون الاذن مقيداً بالصحة، فلايجوز التصرف أيضاً [١].

---

[١] قد يقال: ان من شروط صحة المضاربة هو التنجيز، فلو قال «ضاربتك ان جاء زيد» بطل.

أقول: ان كان الوجه في البطلان ما ذكروه من الوجه العقلي في باب العقود، من استحالة تفكيك الانشاء عن الانشاء الذي هو الاذن العام المضاربي، فالظاهر جريانه في المقام أيضاً، فلابد من الالتزام بالفساد في المقام.

ولكن الاشكال في أصل هذا الوجه، لأن الاذن العام المضاربي يكون نحو اعتبار، و من الأمور الاعتبارية التي قوامها بالاعتبار، و هذا الاذن الاعتباري العام اذا تحقق في كل زمان يتحقق الاذن لامحالة في ذلك الزمان، فيكون تابعاً لاعتباره.

و حينئذٍ فلا بأس بانشاء المضاربة فعلاً لما بعد، بمعنى كون الانشاء الفعلي

....

للمضاربة ليتحقق الاذن المضاربي فيما بعد. و بعد أن كان صدور الاذن من المالك أساساً في المضاربة وكان الاعتبار القائم بهذا العقد هو الاذن، فلا اشكال في أنه لو صدر منه الاذن على أن يكون المأذون فيما بعد يكون مورد اعتبار العقلاء.

والذي ادعوا الاجماع على بطلانه كما ذكروه في المطولات. فعن غفلة من عدم جريانه في المقام، لأن العقود الجائزة كلها مترصدة بالاذن من الموجب، و هذا الاذن من المالك يكون موجباً حتى مع التعليق، و يكون أثر العقد حاصلاً من حين صدوره، لأن الأمر كما عرفت لازم للمأذون.

اذا عرفت المصير في المقام فلابد وأن نتعرض لكلمات الماتن تحت فروع:

الفرع الأول: لو علق المضاربة على أمر متوقع، فيحكمون ببطلانه اذا كان العقد اذنياً والمالك قد علق المضاربة على مجيئ زيد أو علق العامل القبول على ذلك، فان في الأحكام الوضعية يكون الانشاء علة لوجود المنشأ، و هذه علة تامة لمنشأه، و بعد أن كانت هذه العلة موجودة بعلتها و معلولها فلايكون هناك تعليق أصلاً، لأن العلة هو الانشاء والمعلول عبارة عن تنجيز ذلك الانشاء، وهما متحققان.

والتعليق الوارد من المالك على مجيئ زيد معناه أن العلة التامة لانشاء المضاربة متحققة بتمام المعنى، ولكن ظرف انطباقه في الخارج، فذلك خارج عن العلة والمعلول و ظرف التطبيق في الخارج، و ذلك لادخل له في الانشاء والمنشأ و خارج عنهما.

الفرع الثاني: اذا علق المضاربة بأمر حاصل ولم يعلم بحصوله، فقد قالوا ببطلانه. و بعد ما عرفت أن ظرف التطبيق خارج عن دائرة العلة والمعلول و تؤثر العلة في أثره المراد منه وان لم يعلم بحصوله، لأن ظرف التطبيق في الخارج لادخل له في العلية والمعلولية، فيمكن أن لايكون لشئ ظرف الانطباق في الخارج أصلاً.

وهذا لايعني تأثيره في بطلان العلية والمعلولية، فان قوله تعالى «لوكان فيهما

....

آلهة الا الله لفسدتا»[1] العلية والمعلولية تكون صحيحة، مع أنه من المستحيل الفساد. لاستحالة ظرف الانطباق.

وكذلك في المقام. فان المالك انما يحكم بالاذن العام المضاربي على فرض مجيئ زيد من السفر في الواقع. ولكن لم يعلم به فقال «ضاربتك على تقدير مجيئ زيد» فان الارادة على المضاربة تامة وانما تتحقق مع المادة، فإذا تحققا و وجد المعلول لوجود علته والانطباق أيضاً قد تحقق، لأن ظرف وجود الارادة والتطبيق كلاهما في الذهن وقد تحققا ولكن الانطباق في الخارج، و ذلك مشروط بمجيئ زيد. و هذا الانطباق لادخل له في أصل وجود العلة والمعلول، لأن العلة هو ايقاع المضاربة، وأما فقد الموانع في الخارج و غير ذلك لايكون له تأثير في علية العلة و ظرف تطبيقه، فقوله «ضاربتك» يكون الاطلاق فيه مقتضياً لكونه العلة التامة كما عرفت.

الفرع الثالث: ان الاجماع الذي يدعى في المقام ينطبق على ما قلناه. لأن بأجزاء العقد يتحقق العقد. ومن الواضح أن تحقق العقد فوراً لا يكون موجباً للتحقيق، كما فصلناه على المبنى الذي يساعده البرهان، والا فتنخرم البراهين المذكورة. و يكون اشتباه الماتن في مرحلة التطبيق لا الانطباق. فان الانطباق فوري و يكون التطبيق الخارجي حين التنجيز، ولا ربط له بالعقد. وتكون كلمات المجمعين منادية بهذاالمعنى، وهو واضح لمن راجعها.

فان من الواضح غير الخفي عند ايقاع العقد من العاقد استلزم أن يكون عليه الايقاع بشرط تماميته، و بتماميته يؤثر أثره المترتب عليه عرفاً كما لا يخفى.

الفرع الرابع: ان الاطلاق يقتضي أن يكون العقد صحيحاً، وعدم الصحة لايحتاج الى التبصر، بل يكفي فيه عدم الاطلاق، حيث أن الصحة مقتضى اطلاق

(١) سورة الانبياء آية ٢٢.

(الثالثه) قدمرّ اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك، وأما العامل فلا يشترط فيه ذلك، لعدم منافاته لحق الغرماء، نعم بعد حصول الربح يمنع من التصرف الا بالاذن من الغرماء، بناءً على تعلق الحجر بالمال الجديد[١].

الاذن، فلو لم يكن هذا الاطلاق كان ذلك كافياً.

[١] تقدم حكم الماتن فيما مضى بشرطية عدم الحجر، و حيث كان كلامه هناك مطلقاً حتى بالنسبة الى العامل فاستدرك لدفع ذلك الايهام بقوله: (واما العامل فلا يشترط فيه ذلك)، و اختياره فيه كباقي الشراح الى ذلك.

والتحقيق في أصل المطلب هو القول بأن الحجر الذي شرّع عدمه في عقد المضاربة هو جواز تصرفات العامل والمالك في التقلبات المالية.

ومن الواضح: أن العامل والمالك في عقد المضاربة الموجب لجواز التقلبات المالية فيه، فيكون الحجر المالي مانعاً لهذا الجواز. و ممنوعية ذلك انما تكون امتنانية للدائنين، فمنع العامل أو المالك عن التصرف انما يكون في مورد كونه خلاف الامتنان للدائنين، فاذا لم يكن خلاف الامتنان في حقهم فلايكون ممنوعاً عنه.

وفي هذا المجال يمكن أن يقال: ان المالك لما كان موقعاً لعقد المضاربة يكون له الاذن في التصرف العام، و معناه أن للعامل التصرف بالاذن العام المضاربي الذي صدر ممن له الاذن، فلابد وأن لايكون هذا التصرف خلاف الامتنان على الديان، والا فليس لهذا الاذن تصرفاً فيما ينافي حق الديان.

وعلى هذا فلا تكون المحجورية في المفلس سالبة لجواز التصرف في سلب السلطنة، بل توجب القصور في اطلاق السلطنة لما ينافي حق الديان. و عليه فالمالك الذي يعقد المضاربة لابد وأن يكون لسلطنته اطلاق قابل لتقليب المال بأي نحو أراد، ولكن بهذه السلطنة المطلقة يفوض العامل بالاذن العام المضاربي في جلبه للربح، ولكن العامل لايحتاج الى التقلبات حتى اذا كان محجوراً عليه

....

من التصرفات المطلقة، فلا ينعقد العقد لكونه محجوراً عليه، لأنه لايملك حين انعقاده الاجواز التصرف في المال لحساب المالك قبل ظهور الربح، كماهو واضح وقد صرح به الماتن.

وعلى هذا المنوال تعرف أن الامر لايكون كذلك، حيث لايمنع من التصرف في أموال المديون اذا لم يكن تصرفه خلاف الامتنان في حق الغرماء، فالتصرفات اللاحقة -بعد أن كان محجوراً عليه وكانت جالبة للربح- لا تكون منافية لحق الغرماء، فلايكون محجوراً عليه.

وعليه فان المناط في الحجر بعد عدم وفاء الأموال الموجودة و طلب الغرماء التحجير عليه، فان حق الغرماء انما يتعلق بماله من الأموال الموجودة، فلا يمكن له التصرف في الأموال الموجودة بعد الحجر، لأن تصرفه في ذلك يكون منافياً لحق الغرماء.

وأما سلب سلطنة المالك أصلاً، فان ذلك يكون خلاف امتنان لحق الغرماء. والظاهر من أدلة الحجر أن الغريم اذا كانت ديونه ملتوية عليه، كما في موثقة عمار عن الصادق عليه السلام: كان أميرالمؤمنين عليه السلام يحبس الرجل اذا التوىٰ على غرمائه ثم يقسم ماله بينهم بالحصص، فان أبى باعه وقسمه بينهم[1].

فان الظاهر من الرواية أن المنع من التصرف في أمواله انما هو فيما اذا التوى عليه غرماؤه، و معنىٰ الالتواء ما ليس له أول وآخر، وهو علة للمنع عن التصرف، فان المنع من التصرف في الأموال الملتوية لايشمل الأموال غير الموجودة الغير الملتوية، لأن الالتواء فرع وجود المال حتى يصدق عليه الالتواء المترتب عليه أحكامه، فالأموال المتجددة لايصدق عليها الالتواء، فالعلة موجودة فيه، فتكون تصرفاته نافذة.

---

(١) وسائل الشيعة ج ١٣ ص ١٤٧ باب: ٦ ذيل ح ١

....

وأما اذا كان بعد الحجر عليه لالتواء ديونه عليه في الأموال الموجودة، فهل يمنع من التصرف أو أنه يقتصر فيه على الأموال المحجور عليها حين التواء الدين عليه والمنافع الحاصلة له من الأموال بعد الحجر تدخل في حق الغرماء بحيث يكون محجور على المنافع تلقائياً؟

فالقول كما ذكرناه سابقاً أن اطلاق سلطنة المالك فيما لوكان الدين موجباً لكون المالك محجوراً عليه لاستيعاب الدين والتوائه، فان المالك يكون ممنوعاً من التصرف في المال.

وأما اذا لم يكن مستوعباً - أي لم يكن ملتوياً والاستيعاب والالتواء انما يكونان في المال الموجود فعلا لا الذي سيحصل بعد ذلك لعدم صدق الالتواء - فتكون التصرفات الممنوعة في المال الموجود لكونه امتناناً للديان، وأما سائر التصرفات التي لادخل لها بحق الديان تكون اطلاقات السلطنة شاملة لها.

ومن الواضح: أن العامل اذا ضاربه المالك يكون قبوله للمضاربة لاينافي حق الديان، لأن العمل في المضاربة لايكون منافياً لحقهم قبل الاسترباح، ويكون الملك التقديرى لا اعتبار له عند العقلاء.

وأما اذا استربح بعد وقوع عقد المضاربة فنقول: بعد التواء أموال المديون و حكم الحاكم بحجره بعد طلب الغرماء ممنوع من التصرف في الأموال الوارد عليها الحجر، فيكون الحجر مانعاً عن التصرف في الأموال الموجودة قبل أن يحجر عليه، فيكون الحجر موجباً لحصر الأموال الموجودة.

وأما الأموال غير الموجودة فلا تكون مورداً للحجر، فلامانع عن تجدد المال له من دون أن يكون محجوراً عليه. و معنى ذلك حصر حق الغرماء من الأموال الموجودة، و معناه المصالحة مع الغرماء فيما حصلا عليه من الدين و يكون حكم الحاكم بالحجر الى ذلك، فلايملك المحجور عليه بعد الحجر ما استحصله، ولايكون داخلاً في الحجر، لأن حجر الحاكم نفذ في الأموال الموجودة، وأما

....

المتحصل بعد ذلك فلايكون محجوراً عليه حتى يكون ممنوعاً من التصرف في الأموال المتجددة.

والقاعدة أيضاً تقتضي ذلك، لأن المفروض أن المالك المحجور عليه في الأموال الموجودة حين الحجر عليه امتناناً بالنسبة للغرماء، وأما سلب السلطنة منه حتى في الأموال التي ستحصل له بعد ذلك يكون خلاف الامتنان في حقه، فلا يشمله دليل الحجر، لأنه لااطلاق له يشمل هذه الصورة كما ذكرناه، لأن الأدلة الامتنانية لا تكاد تشمل الموارد التي تكون خلاف الامتنان، فيملك المحجور عليه في الأموال الحاصلة له بعد الحجر، ولايكون ممنوعاً من التصرف فيه ان كان الحجر وارداً عليه.

ولهذا ترى العلماء (رضوان الله تعالى عليهم) يمثلون بأن بعد ورود الحجر على المديون لايمنع من الاحتطاب وحيازة المباحات، و بعد ورود الحجر عليه لايكون ذلك داخلاً في الأموال المحجور عليها كما قلنا، لأن الحجر المستفاد من الأدلة لايجعل الأموال الجديدة داخلة في الحجر.

و حينئذٍ يكون العامل بعد الحجر عليه في الأموال الموجودة متمكناً من كونه عاملاً للمضاربة، و يملك المال بحصول الربح، ولا تكون أمواله المتجددة داخلة في أمواله السابقة.

وهذا بالنسبة الى العامل المضارب، وأما المالك فان كان بعد الحجر عليه يملك الأموال المتجددة بعد الحكم بالحجر عليه، فيكون كالأمور الصادرة من العامل، فبعد أن حجر المالك على الأموال الموجودة يجوز له الاستملاك، والاستملاك لايكون داخلاً في الأموال المحجورة الا بحكم الحاكم، والمفروض أن ذلك خلاف الفرض.

فالمتحصل مما ذكرناه هو عدم الفرق بين العامل والمالك المضارب، ولا فرق بين كون الحجر قبل العقد، حيث أنه يوجب المنع من التصرف اذا كان خلاف

(الرابعة) تبطل المضاربة بعروض الموت كما مرّ أو الجنون أو الاغماء كما مرّ في سائر العقود الجائزة، وظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً أو أدوارياً، وكذا في الاغماء بين قصر مدّته وطولها، فان كان اجماعاً والا فيمكن أن يقال بعدم البطلان في الأدواري والاغماء القصير المدة. فغاية الأمر عدم نفوذ التصرف حال حصولهما، وأما بعد الافاقة فيجوز من دون حاجة الى تجديد العقد، سواء كانا في المالك أو العامل.

وكذا تبطل بعروض السفه لأحدهما أو الحجر للفلس في المالك أو العامل أيضاً اذا كان بعد حصول الربح الامع اجازة الغرماء[١].

حق الغرماء و جواز التصرف اذا لم يكن مضراً بحقهم، فعموم السلطنة باق بحاله، و يكون خروج حق الغرماء تخصيصاً كماهو واضح.

[١] قدمرّ التفصيل في ابطال المضاربة بعروض الموت للمالك والعامل. وأما الجنون فقد قلنا فيما سبق أن في العقود اللازمة بعد أن لم تكن العقود اللفظية قابلة للبقاء تكويناً، لأن القبول والايجاب الخارجي يستحيل أن يكون باقياً، فبقاء هذا الأمر الاعتباري يكون بيد العقلاء، فان بايقاع الايجاب والقبول يكون عند العقلاء هذا الأمر باقياً الى الابد، والدليل عليه هو «أوفوا بالعقود» وأدلة الخيارات وان مات الموجب والقابل.

وهذا المعنى في العقود اللازمة مسلم، وأما في العقود الجائزة فيكون كذلك، لأن اعتبار العقلاء موجود فيه، الامن جهتين:

الأولى: ادعاء الاجماع على البطلان في العقود الجائزة.

الثانية: ان الشخص انما يرى لنفسه ما يرى من العقود الجائزة، وأما بالنسبة لما بعد حياته فلا يلاحظ ذلك و على هاتين الجهتين حكموا ببطلان العقود الجائزة لما بعد الموت، وقد أجبنا في مورده مفصلاً، و قلنا: ان شأن العقود الاذنية انما يقتصر

....

في الاذن المضاربي لزمان حياته، وأما بعد موته فلايكون ناظراً اليه، بل لا التفات له به.

ولكن العرف يرىٰ بناءه الى الأبد، والشاهد على ذلك أنه من المسلم أن العزل لوكان ولم يصل الى الوكيل تكون تصرفاته نافذة، والحال أن العقود الاذنية التي منها الوكالة يكون العزل الواقعي فيها لايوجب عدم جواز التصرف في مال الموكل، وانما يكون العقد مقتضياً لجواز التصرف حتى ولو انعزل واقعاً. فمن هذه الجهة يعلم أن العقود الاذنية كباقي العقود اللازمة انشاؤها يقتضي بقائها الى الأبد. ولهذا لايفرق بين العقود الاذنية وغيرها، من أن المضارب انما يرى العمل بالمال في حال حياته ولا نظر له الى مابعد الموت، حيث أنه من قيام الاجماع يستكشف ذلك.

ولكن يمكن أن يقال: بأن عقد الوكالة لما كان عبارة عن استنابة الوكيل مكان الموكل، فيكون دليل التنزيل جاعل الوكيل نازلاً منزلة الموكل، و هذا التنزيل باق الى أن يصل اليه عزله.

وعليه ففي عقد المضاربة لايكون لهذا التنزيل أي وجود، فلا يمكن استكشاف بقائه الى الأبد الا بالتصريح الواصل اليه بعدم هذه الاستنابة، والا فالوكالة لاتكشف ذلك كما تقدم، و من قيام الاجماع يظهر أن نظر المجمعين الى ذلك.

وأما الجنون الاطباقي فهو كالموت في سلب القصد عنه، وعدم الالتفات الى تصرفاته، و عدم كون نظر المالك الى الحالات الطارئة على التفاته الى حال جنونه. فان الموت حيث أنه لابد منه يمكن أن يكون المالك ناظراً الى حاله بعد موته كمافي الوصية، وأما حالة الجنون فلايكون ناظراً اليها، فيكون الاذن منتفياً أصلاً.

وأما الجنون الأدواري الذي يطرأ و يزول، فان الكلام في طروه بعد أن لم يكن من الأمور المتعارفة فلايكون له الاستمرار في الاذن، و بعد الافاقة يحتاج الى عقد

(الخامسة) اذا ضارب المالك في مرض الموت صح و ملك العامل الحصة وان كانت أزيد من أجرة المثل، على الأقوى من كون منجزات المريض من الأصل. بل و كذلك على القول بأنها من الثلث، لأنه ليس مفوتاً لشئ على الوارث، اذ الربح أمر معدوم وليس مالاً موجوداً للمالك، وانما حصل بسعي العامل [١].

كالمجنون الاطباقي. ولا فرق بينهما كما هو ظاهر، فلابد من تجديد العقد، سواء كان الجنون اطباقياً أو أدوارياً.

وأما مع الشك في عروض الجنون الأدواري في بقاء العقد و عدمه، فان الأصل يقتضي البقاء الذي أوضحناه في استصحاب الكلي القسم الثالث من القسم الثالث، ولكن بالنظر الى الادلة فقد عرفت ما يستظهر منها.

ومنه تعرف الأمر في الاغماء، سواء قصرت مدته أو كانت طويلة، فان الاطلاقات لما كان الحمل عليها حملاً للفرد النادر فلا يفرق بين الاغماء الطويل أو القصير في بطلان العقد، و يحتاج بعد الافاقة الى العقد الجديد.

و منه أيضاً يعرف أمر عروض السفه لأحدهما المالك أو العامل، كما ذكرنا. وهو واضح.

وأما عروض الفلس فقد عرفت التفصيل فيه.

[١] الظاهر أن المراد من المرض المبحوث عنه هو خصوص المرض الذي لا تطرأ عليه الصحة في الأثناء، دون مطلق المرض حتى مع طرو الصحة في الأثناء، و ذلك من جهة قيام الاجماع عل عدم العبرة بمطلق المرض، بل ما ذكرناه هو المنصرف من اطلاق المرض الذي لا تطرأ الصحة بعده وكان متعقباً بالموت.

و من ذلك يمكن أن يقال: بأن الاجماع المذكور انما هو من جهة فهم المجمعين الى انصراف المرض خصوص مرض الموت من أخبار الباب و اطلاق المرض فيها، لا أن يكون هناك اجماع تعبدي على خلاف الاخبار وكان مقيداً لاطلاق المرض.

....

وعلى كل حال لاريب في أنه ليس المراد بالمرض هو مطلق المرض، بل خصوص مرض الموت، و ذلك لاستفادة الاصحاب من الاستظهار والمطلقات ذلك كما عرفت.

ولا يخفى في المراد من المرض بحضور الموت و عند الموت، فان النصوص غير شاملة لمثل الحرق والغرق و غيرهما ولولم يكن عن مرض، بل المنصرف ولو بملاحظة الغلبة، و عليه فلايعم البحث مطلق حضور الموت.

والاشكال في أن المراد من المرض المبحوث عنه هل هو ابتداء المرض الذي قلنا بانصراف الأخبار اليه ولوكان مما يستند اليه الموت ولو بعد سنتين أو ثلاث سنين، كما هو الحال في جملة من الأمراض من حيث استدامتها الى سنين أو أزيد، أو أن ذلك ينحصر بخصوص أوآن الموت و حضوره ولو عرفاً، كما دلت عليه جملة من النصوص؟ التفسير بحضور الموت الظاهر هوالثاني، و ذلك من أخصية الثاني عن الأول، فيقيد به اطلاقه، فيختص بالنحو الثاني.

فلا يقال: انه لامجال لهذا الحمل بعد كونهما مثبتين، اذ لابأس بالأخذ بكل واحد منهما، فيجعل كل منهما سبباً على حدة للحكم المذكور.

نعم هذا الحمل لا محيص عنه فيما اذا كانا متنافيين كما قرر في محله، حيث لابد من حمل المطلق على المقيد.

وأما في مثل المقام فلابد من امكان الأخذ بهما، وان ذلك متين مع امكان الأخذ بهما معاً، بمعنى أنه بعد الأخذ بالمطلق يبقىٰ الأخذ و مجال المقيد أيضاً بحيث لايلزم تفويته.

وهذا المعنى غير متصور في المقام، من جهة أن القيد دائماً مسبوق بالمرض في مورد التعارض.

و حينئذٍ فمع عدم احراز تعدد المطلوب من الخارج بل و احراز وحدته يكون الأثر دائماً مستنداً الى المرض، فلا يبقىٰ مجال لسببية القيد في الحمل عليه

....

والأخذ بدليل المقيد، فيكون المدار حينئذٍ عدم لزوم اللغوية للقيد من الحمل عليه والأخذ بدليل المقيد، فيكون المدار حينئذٍ على حضور الموت، ويكون المدار فيه أيضاً على الصدق العرفي، وهو أمر واضح.

نعم يبقى الكلام في أن المرض المبحوث عنه هل هو المرض الذي يستند اليه الموت أو يعم المرض الذي وقع الموت فيه، بحيث يعم البحث ما اذا كان الموت بغير ذلك كان فيه القتل مثلاً؟ الظاهر عموم البحث، حيث أنه وان كانت النسبة بينهما العموم المطلق ولازمه هو حمل المطلق على المقيد، الا أنه لابأس في المقام بالأخذ بكليهما، حيث لايلزم محذور اللغوية، كما كان ذلك في القسم الأول، بل مع الأخذ بالمطلق كان مجال للأخذ بالمقيد أيضاً ومؤثريته.

فان احتمال عدم نفوذ التصرف بالنسبة الى الزائد من الثلث من مال المريض، تارة من جهة احتمال تعلق حق الوارث بالتركة، بحيث يكون ذلك موجباً لقصور سلطنة المالك في تصرفاته بالنسبة الى الزائد عن الثلث. و أخرى من جهة أن المرض كان موجباً لقصور سلطنة المالك.

والأول أيضاً تارة يكون بمعنى تعلق حق الورثة بالتركة عند المرض نظير تعلق حق الرهانة. و بالجملة فان المراد من الحق هوالحق المصطلح المقابل للحكم الذي كان من آثاره سقوط سلطنته باسقاطه.

وأخرى كان المراد من الحق هوالحق بمعنى الحكم، بحيث كان للمال اضافة الى الورثة في حال المرض بنحو أوجب خروج المال عن الطلقية، و قصور سلطنة المالك عن تصرفاته بالنسبة الى الزائد عن الثلث كالصورة الأولى. ولكن لم يكن بنحو قابل للاسقاط بمجرد اسقاطه للورثة، وانما فائدته هو امضاء تصرفات المريض في ماله أو رده و عدم انفاذه.

و ثالثة لاهذا ولا ذاك ، بل يكون المراد مجرد جعل سلطنة الوارث على الامضاء تصرفات المريض وردعها و عدم انفاذها، بلا قصور في سلطنة المالك

....

على ماله أو خروج الملك عن الطلقية.

فأما الاحتمال الأول منها فالظاهر كونه في غاية البعد، بل ولا أظن ان أحداً التزم به، بل الظاهر أن المنع لوكان من جهة احتمال تعلق حق الورثة بالمال لدلت عليه بعض النصوص، من أن الورثة لهم حق بذلك ولكان غير هذا الاحتمال، فيدور أمره بين تقييده بهذه الاحتمالات.

ولا يخفىٰ أنه مع احتمال تعلق حق الورثة بالمال وان الحق بمعنى الحكم، لامجال للتمسك بشيئ من العمومات في انفاذ التصرفات الصادرة من المالك في حال مرضه، لا عمومات «الناس مسلطون على أموالهم» ولا «أوفوا بالعقود» ولا «أحل الله البيع» مما دل على ترتب المسببات كالبيع و نحوه من الأسباب، حيث أن التمسك بتلك العمومات و غيرها فرع الفراغ عن تمامية سلطنة المالك وعدم خروجها عن الطلقية.

و حينئذٍ فمع الشك في تعلق حق الورثة بالمال يشك في سلطنة المالك، و معه لامجال للتمسك بها كمالا يخفىٰ.

نعم لوكان منشأ الشك حيث مانعية المرض بلا تعلق حق الغير بالمال لأمكن التمسك بها، حيث لاقصور حينئذٍ لعموم السلطنة ولا لعموم «أوفوا بالعقود».

فبناء على هذا الاحتمال لايمكن التمسك بشيئ من العمومات، ولايمكن اثبات نفوذ التصرفات الواقعة في حال المرض الا بالأصل، وهو أصالة عدم تعلق حق الورثة بالمال بحيث يوجب خروج المال عن الطلقية، وأصالة نفوذ التصرفات حيث كان له التصرف في ماله قبل مرضه، بحيث كانت تصرفاته نافذة، فيستصحب بقاؤه الى حين المرض، فيحكم بنفوذها.

نعم قد يقال بمعارضة هذا الأصل مع أصل عدم النفوذ اذا كان قبل ذلك صبياً أو مجنوناً وكان مرضه متصلاً بزمان صباوته أو جنونه، بنحو أنه بلغ أو عقل مريضاً، فيستصحب بقاء عدم النفوذ، فيضم بالقول بعدم الفصل بين المسألتين، فيحكم

....

بعدم النفوذ فيما اذا لم يكن مرضه مسبوقاً بالصباوة والجنون، فيقع التعارض حينئذٍ بين الأصلين، من جهة العلم الاجمالي بمخالفة أحدهما للواقع.

وعليه لامجال لجريان واحد منهما، بناءً على تحقق الاجماع بعدم القول بالفصل في الحكم الظاهري أيضاً، علاوة عن عدم الفصل بينهما في الحكم الواقعي.

نعم لو بنينا على عدم تمامية هذا الاجماع، بدعوىٰ أن غايته قيام الاجماع على عدم الفصل بالحكم الواقعي. لأمكن اجراء فصل في الطرفين، حيث لايلزم منه مخالفة عملية، فانه كواجدي المني في الثوبين المشتركين مع العلم الاجمالي بجنابة واحد منهما، من حيث عدم منجزية العلم الاجمالي مع كونه بين شخصين.

وعليه فينحصر جريان الاستصحاب بفرض تحقق الاجماع حتى في الحكم الظاهري.

نعم يمكن تحقق التمسك بالأصل حينئذٍ، أعني أصالة نفوذ التصرفات حتى في المرض المسبوق بالصباوة والجنون، وذلك تارة بالاصل التنجيزي وأخرىٰ بالأصل التعليقي.

أما الأول: فتقريبه هو اجراء الأصل في نفس العنوان الكلي، أعني عنوان البالغ العاقل، حيث أنه يتصور له حالتان: حالة الصحة، وحالة المرض. فيقال: بأن هذا العنوان كان سابقاً، وفي حال الصحة تنفذ تصرفاته ويشك في نفوذها في حال المرض، فيستصحب بقاؤه. غاية الأمر ان هذا العنوان لم يكن له مصداق في السابق وصار له الآن مصداق.

وهو نظير الاستصحاب في الشرائع السابقة، كاستصحاب وجوب الاكرام للعنوان العام ولو لم يكن لذلك العنوان العام مصداق في الشرع السابق، فيقال: ان وجوب الاكرام كان ثابتاً لهذا العنوان في الشريعة السابقة والآن نشك في بقائه فالاصل بقاؤه. فيكون انطباقه على المصاديق في زمان الشك قهرياً، فيحكم بثبوت

....

الاكرام لها.

وأما الأصل التعليقي: فتقريبه اجراء الأصل في نفس الشخص بنحو التعليق، فيقال: بأن هذا الشخص في السابق لوكان بالغاً عاقلاً لنفذ منه التصرف و الآن نشك في بقائه، و حينئذٍ بعد حصول المعلق اليه -وهو البلوغ والعقل- يحكم بترتب الحكم عليه من النفوذ وصحة التصرفات.

وأما الاشكال على هذا القسم بأنه انما يتم اذا كان التعليق ورد في لسان الدليل، بحيث كان الحكم في لسان الدليل مترتباً على تلك القضية التعليقية، كقوله: ان استطعتم يجب عليكم الحج. لاما اذا لم يكن كذلك بل كان التعليق من جهة انتزاع العقل، كمافي المقام، حيث أن التعليق لم يكن الامن جهة انتزاع العقل لهذه القضية التعليقية من حكم الشارع بصحة تصرف البالغ العاقل.

و حينئذٍ لامجال للاستصحاب، حيث لايكون المستصحب أمراً شرعياً حتى يجري فيه الاستصحاب مع الاحتياج الى شرعية المستصحب.

وهذا مندفع -ولو أنه متين- اذا كان المستصحب أمراً شرعياً بلا واسطة، والا فبناء على كفايته شرعاً ولوبالواسطة -كما هو الحق ولا محيص عنه- فلا محذور في جريانه، و ذلك من جهة أنه يكفي في الاستصحاب أن يكون المستصحب هوالذي أمر رفعه و وضعه بيد الشارع ولوبمنشأ انتزاعه، كما في استصحاب الأحكام الوضعية مثل الجزئية والشرطية وأمثال ذلك، ولوبناءً على انتزاعيتها عن التكليف.

والسر في ذلك هوما ذكرنا من كفايته شرعاً كون المستصحب أمر رفعه و وضعه بيد الشارع ولوبمنشأ انتزاعه.

وعليه فلا بأس بجريان الاستصحاب في المقام، حيث أنه -وان كان التعليق من جهة حكم العقل وانتزاعه عنه بصحة تصرفات البالغ العاقل من دون أن يكون ذلك في لسان الدليل -الا أن هذا الأمر الانتزاعي لما كان مستنداً بالتالي الى

....

الشارع في حكمه بنفوذ التصرفات للبالغ العاقل دون الصبي والمجنون، وكان أمر رفعه و وضعه بيد الشارع ولو برفع الحكم عن منشائه، وهذا المقدار يكفي في شرعية المستصحب.

نعم هنا اشكال آخر قد تعرضنا له مراراً عند ذكر الاستصحاب التعليقي والاصل التعليقي، و ذلك أيضاً على بعض المسالك في باب الاستصحاب من حيث جعل المماثل أو الأمر بالمعاملة وان كان قد يتوهم سريانه بنحو الاطلاق حتى في الأحكام التكليفية.

وحاصل الأشكال هو: دعوى أنه ليس في المعلقات قبل حصول المعلق عليه الا مجرد ثبوت الملازمة بين الطرفين بلاحكم فعلي أصلاً، و هذه الملازمة لا تكون مما يترتب عليها الأثر الشرعي حتىٰ يصح استصحابه من جهة أن الحكم مما ثبت للذات غايته منوط بفرض تحقق كذا، فيكون من آثاره دونها، من دون فرق في ذلك بين الأحكام التكليفية والوضعية. هذا.

ولكن لايخفىٰ من عدم جريان هذا الاشكال في الأحكام التكليفية بناءً على ما سلكناه في بحث مقدمة الواجب، وذلك من جهة أن الأحكام التكليفية كانت منوطة بفرض وجود الشئ، بمعنى أن الأمر يتوجه بارادته الفعلية الى الشئ في فرض وجود الشئ الآخر، كارادة الحج في فرض وجود الاستطاعة من المكلفين، في مقابل أرادته الى الاطلاق و بنحو الاطلاق. و معلوم من فعلية هذه الارادة عدم توقفها على حصول المعلق اليه و تحققه في الخارج، بل كانت فعليته قبل تحقق المعلق عليه و بعده، غايته أنه بعد تحقق المعلق اليه في الخارج تكون منجزة و مورداً للدعوة الفعلية، فيكون الفرق حينئذٍ انما هو في عالم المحركية للايجاد دون الفعلية.

وعليه فلا بأس بجريان الاستصحاب في الأحكام التعليقية التكليفية قبل حصول المعلق عليه، حيث تستصحب تلك الارادة الفعلية الى زمان الشك، و بعد

....

حصول المعلق عليه في الخارج يترتب عليه آثاره من وجوب العمل أو غيره المترتب على الأعم من الواقع والظاهر.

نعم هذا الاشكال يتم في خصوص الوضعيات من حيث ترتب الحكم على الذات و فعليته كانت منوطة بتحقق المعلق اليه خارجاً بفرض وجوده لحاظاً، فلايكون قبل وجود المعلق عليه خارجاً الا مجرد الملازمة بين الشيئين.

ولكن هذا أيضاً على مسلك الأمر بالمعاملة في «لا تنقض اليقين»، أما بمناط تعلق النقض باليقين أو بالمتيقن ولكن بملاحظة المعاملة لا مطلقاً حتى على مسلك جعل المماثل، فانه على هذا المسلك لابأس بجريان الاستصحاب في الوضعيات أيضاً، من جهة أنه بعد جعل الملازمة الحقيقية في ظرف الشك بالواقع فيترتب عليه آثاره من الأحكام مع فرض تحقق المعلق عليه، اذلا فرق في نظر العقل في ترتب الحكم عند حصول المعلق عليه بين ثبوت الملازمة الحقيقية واقعاً وظاهراً، فبعد ثبوت الملازمة الحقيقية في ظرف الشك كان العقل يحكم بالترتب عند حصول المعلق عليه.

ولكن هذا بخلاف ما اذا لم يكن مفاد حرمة النقض جعل الملازمة عند الشك، بل كان مفاده هو الأمر بالمعاملة والتعبد ببقاء الملازمة بلحاظ الأثر، حيث أنه لا أثر عملي يترتب على الملازمة كي يلاحظ التقييد ببقاء اليقين بالملازمة الواقعية، فيترتب عليه ذلك الأثر، وانما الأثر في صورة العلم بالملازمة كان من جهة العلم بالملزوم، فيترتب عليه.

فبناء على هذا المسلك لامجال لدعوى جريان الاستصحاب التعليقي في الوضعيات، كعدم جريانه في الحكم التكليفي بناءً على أنه لاحكم فعلي قبل حصول المعلق عليه خارجاً كالوضعيات.

وأما بناءً على مختار من اناط الارادة بفرض وجود المعلق عليه بنحو يرىٰ كونه خارجياً، فقد عرفت بأنه لامجال للاشكال عليه.

....

وكيف كان فلا نتيجة للتمسك بالاستصحاب التعليقي في مثل المقام، على ماهو المختار عندنا من أن مفاد حرمة النقض هو الأمر بالمعاملة دون جعل المماثل، فينحصر الاستصحاب حينئذٍ في الأصل المنجز باجرائه في العنوان الكلي، أعني عنوان البالغ العاقل.

ولا مجال أيضاً لدعوىٰ المعارضة مع الأصل التنجيزي في طرف الشخص، وهو استصحاب عدم نفوذ التصرف في حال صباوته وجنونه، حيث كان الشك في الثاني مسبباً عن الشك في أن ماهو الموضوع للحكم هل هو عنوان البالغ العاقل أو أنه ليس ذلك من تمام الموضوع بل يكون للصحة دخل فيه؟

وحينئذٍ فان الاستصحاب في نفس ذلك العنوان رافع للشك عن الثاني، و يكون حاكماً عليه. وهذا واضح، فلا بأس بالحكم بأن المنجزات تخرج من أصل التركة بمقتضىٰ الأصول الجارية.

وبقي في المقام مافاتنا التنبيه عليه من الأول، وهو أن المراد بالمنجز المبحوث عنه في المقام هو خصوص ما كان من قبيل الهبة وأمثالها، فلا يعم مطلق ماكان فيه ضرر على الوارث، كاعطاء المال للطبيب والاطعام للفقراء والمساكين وغير ذلك من المصارف التي لايخلو الانسان عنها، فان ذلك كله من موارد البحث مما يأبىٰ عنه العرف.

بل وكذلك التصرفات التي لم يكن فيها نفع لاعلى الوارث ولا على المالك، كقبول هبة الغير اذا كان مما ينعتق على المالك، بل و مثل البيع والصلح بالعوض وأمثال ذلك. فينحصر حينئذٍ بخصوص ماكان من قبيل الهبه المجانية بنحو يكون فيه ضرر على الوارث. فتأمل.

هذا كله فيما تقتضيه الأصول والقواعد، وقد عرفت أنه لامجال للتمسك مع وجود الأصل بشيئ من القواعد والعمومات، وأما الاصول فقد عرفت أن مقتضاها هو كونها من الأصل.

....

وأما الاخبار فان لكل من القولين أدلته الخاصة، ولابد من النظر فيها وفي افادتها للمقام.

فان الأدلة الدالة على كون منجزات المريض من الأصل روايات متعددة:

منها: الصحيح عن صفوان عن مزارع عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام: في الرجل يعطي الشيئ من ماله في مرضه؟ قال عليه السلام: اذا أبانه فهو جائز، وان أوصابه فهو من الثلث[١].

و دلالته على المدعى من جهة قوله عليه السلام: «اذا ابانه»، و جعل الابانة في مقابل الوصية، فيدل حينئذٍ على المنجز ولابد وأن يخرج من أصل المال. و يحتمل أيضاً أن يكون المراد من المرض في السؤال غير مرض الموت.

و عليه فلادلالة على المطلوب، من جهة أن محل البحث هوالمرض الذي لم تطرأ عليه الصحة وكان متصلاً بالموت دون مطلق المرض كما عرفت في أول البحث. والمرض الذي يكون مذكوراً في هذه الرواية أعم من ذلك، فلايكون دالاً على المطلوب.

ومنها: رواية ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام: الرجل له ولد يسعه أن يجعل لقرابته؟ قال عليه السلام: هو ماله يصنع به مايشاء الى أن ياتيه الموت، ان لصاحب المال أن يعمل بماله ماشاء مادام حياً، انشاء وهبه وانشاء تصدق به وانشاء تركه الى أن يأتيه الموت، فان أوصى به فليس له الا الثلث، الا أن الأفضل في أن لايضيع من يعول به ولا يضر بالورثة[٢].

و هذه الرواية وان كانت مطلقة من حيث عدم اختصاصها بحال المرض، الا أن الدلالة فيها من جهة قوله عليه السلام: «مادام حياً» و جعل الموت غاية لتلك

---

(١) وسائل الشيعه ج ١٣ ص ٣٨٢ ح ٦ باب: ١٧

(٢) الوسائل باب: احكام الوصايا ج ١٣ ص ٣٨١ ح ٢ والذي قبله يوجد مثله لكن عن سماعة.

....

التصرفات، حيث أنه كالصريح في الاطلاق وأنه ينفذ منه التصرفات الى حين الموت، اذ تقييد ذلك بحال الصحة وجعل المراد من الموت هو الموت الفجائي بنحو لايكون مسبوقاً بالمرض خلاف الظاهر، وكان التقييد بالموارد النادرة لضرورة ندرة الموت بالنحو الفجائي بحيث لايكون مسبوقاً بالمرض، من جهة أن الغالب كونه مستنداً الى المرض وهذا واضح.

كما أن جعل المراد من الموت هو حضوره بنحو المشارفة، فيكون كناية عن المرض المخوف للموت كما عن الجواهر. خلاف الظاهر منه، فان الظاهر منه كونه نفسه حقيقة هوالغاية لاحضوره كمالا يخفىٰ.

ومنها: خبر سماعة قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يكون له الولد يسعه أن يجعل ماله لقرابته؟ قال عليه السلام: هو ماله يصنع ماشاء به الى أن يأتيه الموت[1]. و هذا كسابقه فالكلام الكلام.

ومنها: موثقة عمار عن ابي عبدالله عليه السلام قال: قلت: الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به؟ قال: نعم، فان أوصىٰ به فليس له الا الثلث[2].

وهذا أيضاً كسابقه من شموله على قوله عليه السلام «مادام فيه الروح» لحال المرض.

نعم قد يحتمل ارادة الثلث من الأحقية باحتمال القراءة بفتح اللام من قوله «بماله»، فتدل على الثلث حينئذٍ، خصوصاً بقرينة مادل على أن الذي للميت عند موته هو الثلث.

و مثله أيضاً موثق آخر عنه: ان الميت أحق بماله مادام فيه روح يبين به، فان قال بعدي فليس له الا الثلث[3].

---

(١) وسائل ج ١٦ ص ٣٨١ باب: ١٧ ح ١ كتاب الوصايا.

(٢) وسائل ج ١٦ ص ٣٨٢ باب: ١٧ ح ٧ كتاب الوصايا.

(٣) وسائل ج ١٣ ص ٣٦٧ ح ١٢ باب: ١١ احكام الوصايا.

....

ولكن الرواية هذه بقرينة ذيلها و هو قوله «فان قال بعدي فليس له الا الثلث» أظهر في الدلالة على أن التصرفات المنجزة كانت من الأصل، بخلاف ما اذا كان معلقاً على الموت حيث كان من الثلث. هذا.

ولكن قد يناقش بأن هذه الرواية رويت في الفقيه بدل قوله: فان قال بعدي «فان تعدى» فليس له الا الثلث.

و حينئذٍ يكون دليلاً على القول الثلثي، بناءً على أن يكون المراد من التعدي عن الثلث بأن كانت تصرفاته أزيد من الثلث لماله، ولا أقل من كونه موجباً لاجمال الرواية من جهة الاختلال في متنها، فتسقط عن الاستدلال بها.

ولكن فيه مع احتمال التعدي عن زمن الحياة تكون موافقة للنسخة الأولىٰ، وان غاية ذلك كونه موجباً لاجمال الذيل، و هذا المقدار لايوجب الاجمال في صدر الرواية حتى يوجب سقوط الاستدلال به. فلا يبقىٰ حينئذٍ الا احتمال كونه قرينة على الصدر، من جهة أنه مع اتصاله به يوجب سقوط الاستدلال بها.

ولكن يمكن دفع ذلك أيضاً، بدعوىٰ أن هذا الاحتمال انما يوجب سقوط الاستدلال بها اذا كان يقطع بصدور الرواية بجميع فقراتها من الشارع، و يحتمل قرينية الكلام الآخر منها لا اذا لم يعلم بصدورها كمافي المقام، حيث لم يعلم بصدور هذه الفقرة -أعني قوله «فان تعدىٰ». الخ عن الامام عليه السلام. و معه كان المتبع هو أصالة عدم القرينة، فيبقىٰ الصدر بلا مزاحم.

ولكن يمكن أن يقال: أن أصالة عدم الخطأ في كلتا الروايتين موجودة، وأصالة عدم الزيادة في كلا النقلين موجودة بالسوية.

وعلى هذا فيؤخذ بكلتا الروايتين و يكون الصدر والذيل في كلتيهما صادران، والقاعدة تقتضي أن تكون دالاً على الثلث ولا تكون دليلاً لما نحن بصدده.

ومنها: موثقة ثالثة عنه عليه السلام: في الرجل يجعل فائض ماله لرجل في

....

مرضه؟فقال:اذا أبانه جاز[1] حيث يدل على المطلوب بناءً على أن يكون المراد من الابانة تنجزه لا الفصل الخارجي، اذ عليه لايتم الاستدلال به مع غلبة امضاء الورثة في الابانة الخارجية.

نعم يحتمل ماذكرناه، وهو احتمال أن يكون المرض غير مرض الموت.

ومنها: موثقة رابعة عنه عليه السلام: الرجل أحق بماله مادام فيه الروح، وان أوصى به كله جائز[2].

و دلالة هذه الموثقة على المراد انما هو بلحاظ صدرها، ولا ينافي ذيلها من حيث مخالفته للاجماع، مع احتمال أن يكون المراد بالوصية معناها اللغوي، كما هو كذلك في لسان العرف من اطلاق الوصي الوصية بالمنجزة في قولهم: فلان أوصى بكذا.

نعم يحتمل الأحقية بماله بفتح اللام، وهو الثلث، و عليه فلا دلالة لها على المراد بل كانت بالعكس.

ومنها: ماروه المحمدون الثلاثة عنه عليه السلام: صاحب المال أحق بماله مادام فيه شئ من الروح يضعه حيث شاء[3].

وهذا في الدلالة كسابقه، بل هو أظهر. ولا يرد عليه الاشكال المتقدم في السابقة من حيث مخالفتها للاجماع في ذيلها، ولا يرد عليه أيضاً بكونه مطلق قابل للتقييد بحمله على حالة الصحة، حيث أن هذا التقييد يوجب حمله على الموارد النادرة، وهو صورة مجيئ الموت بغتة من دون أن يكون مستنداً الى المرض. وهو كما ترى، فلا محيص من الأخذ باطلاقه فراراً عن لزوم التقييد بالموارد النادرة.

نعم يجري فيه احتمال القراءة بفتح اللام كمافي السابقة.

---

(١) وسائل ج ١٣ ص ٣٨٣ باب: ١٧ ح ١٠.

(٢) وسائل ج ١٣ ص ٣٨٢ ح ٥ باب: ١٧ كتاب الوصايا.

(٣) وسائل ج ١٣ ص ٣٨٢ ح ٤ كتاب الوصايا.

....

و منها: حسنة ابراهيم‌بن هاشم عن ابى شعيب المحاملي عن ابي عبدالله عليه‌السلام: الانسان أحق بماله مادام الروح في بدنه[1]. و دلالتها كسابقتها.

ومنها: مرسلة الكليني قال: قد روي عن النبي صلى الله عليه و آله انه أتاه رجل من الأنصار أعتق مماليكه ولم‌يكن له غيرهم، فعابه النبي «ص» وقاله له: تركت صبية صغاراً يتكففون الناس[2].

و رواه الصدوق مستنداً، الا أنه قال: عتقهم عند موته.

وعليه تكون دلالتها واضحة، لعدم امكان حمله على حال الصحة، كما هو الغالب من مسبوقية الموت بالمرض، كما أنه على الأول أيضاً كذلك من جهة أنه لوكان العتق في حال صحته لما كان مجالاً لتعييبه وانه ترك صبية صغاراً... الخ، بل اللازم تعييبه من جهة احتياجه نفسه الى الناس. فتأمل.

و منها: صحيحة محمدبن مسلم عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه و أوصى بوصية وكان اكثر ما أوصى به من الثلث. قال عليه‌السلام: يمضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي[3].

فوجه الدلالة أن الحكم بنفوذ العتق مطلقاً انما هوبناءً على خروج المنجز من الأصل، من جهة حملها على ارادة البدءة بالنفوذ من الثلث، أما من جهة أن الوصية كانت بدائية يعقبها، أو أنه على فرض التأخر كان تقديمه في مورد المزاحمة من جهة كثرة اهتمام الشارع به. كان خلاف الظاهر.

أقول: وهنا احتمال أن تكون البدءة بالنفوذ من جانب العتق، من جهة تنجز مقتضيه، بخلاف الوصية فان تأثيرها انما يكون معلقاً. و من المعلوم أنه في صورة الدوران كان الأثر للمقتضي التنجيزي، حيث أن بوجوده لا يبقى محلاً للاخر،

---

(١) وسائل ج ١٣ ص ٣٨٢ في ذيل ح ٨ باب: ١٧ في احكام الوصايا.

(٢) وسائل ج ١٣ ص ٣٨٣ ح ٩ باب: ١٧ في احكام الوصايا.

(٣) وسائل ج ١٣ ص ٤٥٨ ح ١ باب: ٦٧ كتاب الوصايا.

....

فيبقىٰ الآخر بلا موضوع.

وعليه فلا دلالة لهذه الصحيحة على المراد من خروج المنجز عن الأصل، اذ لو بنينا على خروجه من الثلث كان مجال لانفاذه والابتداء به من حيث تنجيزية مقتضيه.

و منها: الحسنة في رجل أوصىٰ بأكثر من ثلثه و عتق مملوكه في مرضه. فقال عليه السلام ان كان اكثر من الثلث يرد الى الثلث و جاز العتق[1] حيث ان الحكم بنفوذ العتق على الاطلاق يدل على ان خرجه المنجز من اصل التركة.

ومنها: خبر اسماعيل بن همام: في رجل أوصى عند موته بمال لذوي قرابته وأعتق مملوكاً وكان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث، كيف يصنع بوصيته؟ قال عليه السلام: يبدأ بالعتق[2].

و تقريب الاستدلال هو حكم الامام عليه السلام بنفوذ العتق و عدم دخول النقص فيه، بملاحظة ذكر الراوي للأمرين الوصية والمنجز، فيكون حكم الامام عليه السلام حكماً بنفوذ المنجز من جهة كونه من الأصل.

ولكن لايخفىٰ أنه يجري فيه ماذكرناه آنفاً من الاحتمال، من حيث منجزية المقتضي للعتق دون غيره، اذ عليه كان الحكم بنفوذ العتق من جهة تنجيزية مقتضيه مع عدم زيادة قيمة المملوك من الثلث. وعليه فلايتم الاستدلال به كما لا يخفىٰ فتأمل.

هذا كله في الأخبار التي يمكن الاستدلال بها على خروج ذلك من الأصل، و استدلوا بها على خروج المنجزات من الأصل، وقد عرفت دلالة بعضها على المراد و عدم دلالة بعضها الآخر.

---

(١) وسائل ج ١٣ ص ٤٥٩ ح ٤ باب: ٦٧ في احكام الوصايا.

(٢) وسائل ج ١٣ ص ٤٥٨ ح ٢ باب: ٦٧ في احكام الوصايا.

....

وأما الاخبار التي استدلوا بها للقول بالثلث فكثيرة أيضاً:

منها: صحيحة يعقوب بن شعيب: في الرجل ماله من ماله؟ فقال عليه السلام: له ثلث ماله[١].

و نحوه خبر أبي بصير و عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله للرجل عند موته ثلث ماله وان لم يوص فليس للورثة أمضاؤه[٢].

و منها: صحيحة على بن يقطين: سألت ابا الحسن عليه السلام ما للرجل عند موته؟ قال: الثلث[٣] والثلث كثير حيث أن الظاهر منه و باقي النصوص حصر المال للميت عند موته بالثلث، بناءً على ارادة قبل الموت من قوله «عند موته»، و كذلك في قوله «الرجل يموت». و حيث أن المال قبل موته كان باقياً على ملكه ولم يكن ملكاً للوارث فلابد من التصرف فيه، بحمله على ارادة السلطنة في التصرف فيما زاد عن الثلث، فيكون نفي المال له بالنسبة الى الزائد عن الثلث بملاحظة قصور سلطنة المورث في التصرف في ماله في الزائد عن الثلث.

و حينئذٍ فيتجه دلالتها على عدم نفوذ تصرفاته في حال مرضه و اشرافه للموت على انحصاره بثلث المال الواجد له و خصوص ثلثه، كما هو ظاهر السؤال أيضاً -في الرجل يموت ماله من ماله- حيث أن الظاهر هو سؤال عن مقدار نفوذ التصرفات الصادرة عنه في حال مرضه، لا ما كان له عند طرو المرض.

و حينئذٍ تكون دلالتها تامة على المطلوب الثلثي من خروج المنجزات من الثلث، فكانت صالحة بالنسبة للروايات المتقدمة الدالة على خروجها من الأصل.

نعم قد يقال بحكومة هذه الأخبار على الأخبار المتقدمة، من حيث أن لها نظراً في مال الميت مما له حق التصرف فيه، فكانت شارحة لتلك الأخبار الدالة على

(١) وسائل ج ١٣ ص ٣٦٢ ح ٢ باب: ١٠ في احكام الوصايا.
(٢) وسائل ج ١٣ ص ٣٦٣ ح ٧ باب: ١٠ احكام الوصايا.
(٣) وسائل ج ١٣ ص ٣٦٣ ح ٨ باب: ١٠ احكام الوصايا.

....

أن للانسان في حال مرضه أن يتصرف في ماله ماشاء، كما أنه قد يؤيد ذلك قوله عليه السلام في الموثقة «ان أوصى به كله فهو جائز». اذ بناءً على ارادة الثلث لايحتاج الى طرحها لمخالفتها الاجماع كما تقدم.

ولكن فيه، عدم تمامية مثل هذا النظر بالنسبة الى مثل رواية ابي بصير المتقدمة من قوله: «ان شاء و هبه و ان شاء تصدق به و ان شاء تركه الى أن يأتيه الموت، فان أوصى به فليس له الا الثلث»، حيث أن هذه الرواية تعارض تلك الروايات في أصل نظرها. وقد حقق في محله من أن الدليل الحاكم انما يكون مقدماً ولو كان اضعف بمراتب من المحكوم اذا كان أصل نظره مفروغاً عنه، والا فيما اذا كان المحكوم معارضاً معه في أصل نظره - كما في المقام- فلا مجال لتقديمه، بل ينتهي الأمر الى المعارضة، فلا بد من ملاحظة قواعد باب التعارض.

ومن هذا البيان يظهر بأنه لامجال لدعوى تقديم الأخبار المتقدمة، بدعوى صلاحيتها للتقييد من جهة اطلاق هذه الأخبار لكون التصرف بنحو التنجيز أو التعليق، لأن نظرها في بيان عموم الحكم و عموم التصرفات لا الحكم العام وكل واحد من التصرفات، فيقيد حينئذٍ بخصوص التصرفات المعلقة بتلك الأخبار، فان حملها على التصرفات المعلقة بعيد بل غير ممكن، حيث أنه على هذا لم يقع تصرف منه في حال حياته، وانما كان الصادر منه في حال حياته مجرد ايجاد سبب التصرف دون أصل التصرف الذي هو عبارة عن الانتقال الخارجي.

و حينئذٍ فبناءً على ارادة قبل الموت من قوله «عند الموت» في السؤال لامحيص من حمل التصرفات على التصرفات التنجيزية دون التصرفات المعلقة. و معه لايمكن استفادة الاطلاق و عموم الحكم في مثل هذه الروايات.

الا أن يقال: بأن للتصرفات المعلقة على الموت حيثيتان: حيثية ايقاعية، و حيثية وقوعية. والذي لايمكن تحققه الا بعد موته انما هي الحيثية الوقوعية دون الايقاعية، فانها تصدر منه حال حياته و قبل الموت.

....

وعليه فلا بأس باستفادة عموم الحكم منها ولو بهذه الملاحظة، فتقدم حينئذٍ الأخبار الدالة على خروج المنجزات من الأصل بمناط الاطلاق والتقييد. فافهم.

ثم ان هذا الاطلاق كله فرع احتمال ارادة قبل الموت من الموت أو عند الموت من هذه الروايات، والا بناءً على احتمال مابعد الموت منها كما هو ظاهرها فلاينتهي الأمر بينهما بالمعارضة، وذلك من جهة تعين حملها على التصرفات المعلقة على الموت من جهة حملها على ظاهرها، و التصرفات في الأخبار المتقدمة محمولة على صورة وقوعها في حال الصحة.

و بالجملة ففي صورة الدوران لايبقى الاشكال بحسب نظر العرف و فهمهم في تقديم التصرف الأول، ولا مجال للتشكيك فيه. و هذا واضح.

مضافاً الى أنه على هذا التقريب يمكن حمل النفي وحصر المال للميت بالثلث على الحقيقة بلا احتياج الى التنزيل أصلاً.

و منها: خبر علي بن عقبة عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل حضره الموت و أعتق مملوكاً له ليس له غيره فأبى الورثة أن يتنجز ذلك، كيف القضاء فيه؟ قال عليه السلام: ما يعتق منه الا ثلثه، و سائر الورثة أحق بذلك، ولهم ما بقي[1].

و مثله: خبر عقبة بن خالد و خبر ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام: في الرجل أعتق عند موته خادماً له ثم أوصى بوصية أخرى، فألغيت الوصية وأعتق خادمه من ثلثه (الا ان يفضل من ثلثه بما يبلغ الوصية)[2].

و تقريب الاستدلال بها هو قوله اعتق مملوكاً له فالظاهر من الاعتاق هو التنجيزي دون العتق المعلق على الموت حتى يكون المراد من قوله عليه السلام: اعتق هو ايجاد سبب العتق.

---

(١) وسائل الشيعه ج ١٣ ص ٣٦٢ ح ٤ باب: ١١ احكام الوصايا.

(٢) وسائل الشيعه ج ١٣ ص ٣٦٥ ح ٦ باب: ١١ احكام الوصايا.

....

و حينئذٍ فقوله عليه السلام: «ما يعتق الا ثلثه» يدل على المطلوب من خروج التصرفات المنجزة من الثلث، والا لامعنى لقوله عليه السلام «ما يعتق منه الا ثلثه»، وكذا رواية عقبة بن خالد، خصوصاً مع استثناء الفصل بما يبلغ الوصية.

أقول: لايخفى قصور هذه الأخبار، فان ظاهرها ارادة الوصية من العتق بها، بملاحظة ماهو الغالب في حال المرض من العتق، حيث أن الشائع منه هو الوصية بالعتق، كما يشهد لذلك خبر ابي بصير: أن رجلاً اعتق عند موته ثم اوصى بوصية أخرى. يدل على ارادة الوصية من العتق دون العتق المنجز، بل يصير قرينة على سائر الاخبار للفظ «العتق»، كرواية على بن عقبة و غيرها، فان الأخبار تفسر بعضها البعض الآخر، ولا أقل من الوهن فيها لوكان لها ظهور في العتق المنجز، فيسقط عن الاستدلال به.

هذا مع امكان حمل العتق على ارادة التدبير، من جهة كونه عتقاً بعد الموت وكان مما يصدق عليه العتق حقيقة، مع أنه لوكان لها ظهور في العتق المنجز فغايته كونها في أول درجة الظهور.

ومعه لايمكن مقاومتها مع الأخبار المتقدمة الدالة على خروج المنجزات من الأصل، حيث أنه –وان لم تكن تلك الأخبار صريحة في ذلك بنحو لا تكون قابلة للحمل على ارادة حال الصحة– الا أنه لاريب في أنها أظهر من هذه الأخبار، بحيث عند الدوران يتعين التصرف في هذه الأخبار دونها. وهذا واضح لمن له استيناس بكلماتهم عليهم السلام.

و منها: خبر ابن حمزة عن بعضهم قال: قال الله تعالىٰ: يقول يابن آدم تطولت عليك بثلاث: سُتر عليك مالو يعلم به أهلك ماداروك، و أوسعت ما استقرضت فلم تقدم خيراً، و جعلت لك عند موتك في ثلثك فلم تقدم خيراً[1].

---

(١) وسائل ج ١٣ ص ٣٥٦ ح ٤ باب: ٤ في احكام الوصايا.

....

و منها: النبوي: ان الله قد تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم[١].

ولا يخفى أن التطول والتصدق انما هو في مورد كان هناك ما يقتضي خروج المال عن ملكه و دخوله في ملك الغير.

وهذا المعنى لايتم في زمان حياته، من جهة أنه في حال الحياة كان المال ماله ولا معنى للتطول أو التصدق عليه للتصرف فيه بالتصرفات المتلفة والناقلة، فلا محيص من حمله على الوصية من التمليك بعد الموت، فان هناك ما يقتضي خروج المال عن ملكه الى ملك الورثة، وهو الموت من جهة أنه بعد أن ينتقل المال الى ملك وارثه. وفي مثل المقام كان المجال للتطول. والتصديق عليه بأن يتصرف في ملكه معلقاً على الموت.

وعليه فلا دلالة على ارادة مطلق التصرفات في المنجزة منها. كمالا يخفىٰ.

ومنها: الأخبار المتقدمة التي منها حسنة محمدبن مسلم و صحيحته و خبر اسماعيل بن همام.

لكن قد يقال: ان الاستدلال بها للأصل أولى من الاستدلال للثلث، وان كان قد عرفت امكان الخدشة فيها من حيث دلالتها للقول بالأصل أيضاً. وعلى أي حال لا دلالة لها على القول بالثلث أصلاً.

ومنها: الأخبار الواردة في خصوص العتق ممن عليه دين[٢].

ومنها: صحيحة زرارة و جميل عن ابي عبدالله عليه السلام: في رجل أعتق مملوكه عند موته وكان عليه دين؟ فقال عليه السلام: ان كان قيمته مثل الذي عليه و مثله جاز عتقه والا لم يتنجز[٣].

---

(١) كنزالعمال ١٦: ٦١٥/٤٦٠٦٤ نقلاً عن الطبراني في الجامع الكبير.

(٢) وسائل ج ١٣ ص ٤٢٢ باب: ٣٩ احكام الوصايا.

(٣) وسائل ج ١٣ ص ٤٢٥ باب: ٣٩ ح ٦ احكام الوصايا.

....

و منها: موثقة ابن جهم: سمعت ابا الحسن عليه السلام في رجل أعتق مملوكاً وقد حضره و أشهد لذلك و قيّمه و عليه دين ثلاثمائة درهم ولم يترك شيئاً غيره. قال عليه السلام: يعتق منه سدسه، لأنه انما له ثلاثمائة درهم وقد نقص منه ثلاثمائة درهم وله من الثلث ثلثه و هو السدس من الجميع[1].

و منها: صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج قال ابو عبدالله عليه السلام: هل يختلف ابن ابي ليلى و ابن شبرمة؟ فقلت: بلغني أنه مات القيس بن موسى فترك عليه ديناً كثيراً و ترك مماليك تحيط دينه باثمانهم فاعتقهم عند الموت... الخ[2].

وقوله عليه السلام: اذا استوى مال الغرماء ومال الورثة أو كان مال الورثة اكثر من مال الغرماء لم يتهم الرجل على وصيته و أجيزت وصيته على وجهها فالآن يوقف هذا، فيكون نصفه للغرماء و يكون ثلثه للورثة و يكون له السدس[3].

و تقريب الدلالة: حكمه عليه السلام بعدم نفوذ العتق الامن الثلث يدل على خروج التصرفات المنجزة من الثلث.

ولكن لايخفىٰ امكان حملها على ارادة الوصية بالعتق، خصوصاً الجزء الأخير منها بقرينة قوله عليه السلام: لايتهم الرجل.

وأما الخبر الأول فمع أنه خلاف ماذهب اليه المشهور من توقف صحة العتق فيمن عليه الدين على أن يكون قيمة المملوك ضعف الدين، بل ظاهرهم نفوذ العتق بالنسبة الى الزائد عن الدين ولو كان ثلثه أو ربعه أو أنقص، لا دلالة له على الخروج من الأصل والثلث، وانما يدل على تقديم الدين على العتق ولو كان العتق في زمان العتق.

(١) وسائل ج ١٣ ص ٤٢٣ باب: ٣٩ ح ٤ احكام الوصايا.

(٢) وسائل ج ١٣ ص ٤٢٣ باب: ٣٩ ح ٥ احكام الوصايا.

(٣) نفس المصدر.

....

وعلى ذلك فلا ربط له بالمقام، بل هو مسألة مستقلة غير مربوطة بمقامنا هذا، وكان محلاً للخلاف بين الأصحاب، من حيث عمل بعضهم بظاهرها و عمل بعضهم بها من حكمهم بها بالصحة فيما اذا بقي من ثمنه ولو لم يكن بمقدار الدين و بالبطلان فيما لم يبق منه شئ، و طرح ثالث لهذه الأخبار من جهة مخالفتها لمقتضى القواعد من عدم تعلق حق الديان برقبة المال في حال الحياة.

ومنها: الأخبار الواردة في خصوص بعض المنجزات.

منها: صحيحة الحلبي سئل ابو عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لأمرأته عليه الصداق أو بعضه فتبرؤه منه في مرضها؟ قال: لا[1].

و منها: خبر سماعه سألت أبا عبدالله عليه السلام عن عطية الوالد لولده؟ فقال عليه السلام: اذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ماشاء، فأما في مرضه فلا يصح[2].

و منها: مفهوم قوله عليه السلام في خبر جراح المدائني عند السؤال عن عطية الوالد لولده: اذا أعطاه في صحته جاز[3].

حيث أنه بمفهومه يدل على عدم الجواز في حال المرض.

و منها: خبر السكوني عن علي عليه السلام: انه كان يرد النحلة في الوصية و ما أقرّ به عند موته بلا تثبيت ولايته[4].

وهذا بناءً على أن يكون المراد هو رد العطية الى الوصية في الخروج من الثلث دون رد أصل الاقرار، من جهة عدم الثبوت كما هو ظاهر من قوله «بلا تثبيت

---

(١) وسائل الشيعه ج ١٣ ص ٣٨٤ باب: ١٧ ح ١٥

(٢) وسائل الشيعه ج ١٣ ص ٣٨٤ باب: ١٧ ح ١١

(٣) وسائل الشيعه ج ١٣ ص ٣٨٤ باب: ١٧ ح ١٤

(٤) وسائل الشيعه ج ١٣ ص ٣٨٠ باب: ١٦ ح ١٢

الاستصبار ج ٤ ص ١٢٠ ح ٦٠٤٥٦ باب - في انه لا تجوز الوصية باكثر من الثلث

....

ولايته)).

و منها: خبر ابي ولاد سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لأمرأته عليه الدين فتبرؤه منه في مرضها؟ قال عليه السلام: بل تهبه له فتجوز هبتها و يحسب ذلك من ثلثها[1].

و منها: صحيحة ابي بصير عن الرجل يخص بعض ولده بالعطية. قال: ان كان موسراً فنعم، وان كان معسراً فلا[2].

هذه الطائفة غير خبر السكوني و ذيل خبر أبي ولاد من قوله ((فلا)) أو ((لايصلح)) أو ((لايجوز)) هو الكراهة، بملاحظة ما تقدم من قوله: الا أن الفضل في أن لايضيع من يعول به ولا يضرمن يورثه.

وفيه: أنه لايستفاد من هذه الطائفة الامجرد الكراهة، سيما بملاحظة قوله فيما تقدم ((الا أن الفضل في أن لا يضيع من يعول به ولايضر بورثته)).

و معلوم كون الملاك فيه اما في زمان الحياة فلكونه معسراً و محتاجاً لما في أيدي الناس، وأما ما بعد الموت فمن جهة كون التبعيض بالأولاد كما نراه بالوجدان والعيان. بل ربما كان وجه التفضيل بين حالتي الصحة والمرض من جهة أنه ربما كان للورثة نظر بالمال في حال مرض المورث ولم يكن لهم هذا النظر في حال صحته، بل يشهد لذلك مافي رواية ابي بصير المتقدمة آنفاً من التفضيل بين حالتي اليسار والاعسار من عدم البأس في الصورة الأولى.

ومن المعلوم أن عدم البأس فيه ليس الامن جهة زوال التباعض بينهم. و بالجملة فلا ينافي الاشكال في أنه لايستفاد من هذه الروايات الامجرد الكراهة استحباباً لمراعاة الورثة.

---

(١) وسائل الشيعه ج ١٣ ص ٣٦٧ ح ١١ باب: ١١

(٢) وسائل الشيعه ج ١٣ ص ٣٨٤ باب: ١٧ ح ١٢

....

و منه يظهر أنه لامجال لحمل قوله عليه السلام «لا» أو «لايضيع» أو «لايجوز» على عدم الجواز الوضعي، بل لابد من حملها على عدم الجواز التكليفي، وهو الكراهة. بل لو كان لقوله عليه السلام «لايجوز» ظهور منه لا محيص من حمله على ماذكرنا ولو بقرينة بقية الروايات، بل و منه يعلم الحال في رواية أبي ولاد من امكان حملها على الاستحباب في الخروج من الثلث استحباباً لمراعاة حال الورثة.

هذا مضافاً الى مافيه من الاشكال لما ثبت من عدم جواز هبة مافي الذمة وكونه مخالفاً للاجماع، من دلالته على عدم الجواز ابراءً لما في الذمة، بناءً على أن يكون المراد من قوله: «بل تهبه» الاضراب لا الترقي عن الابراء.

وأما رواية السكوني فمع فرض ظهورها في التصرفات المنجزة الصادرة في حال المرض لابد من حملها على ما ذكرناه من الاستحباب مراعاة للورثة في الاخراج من الثلث، أوحملها على التصرفات المعلقة على الموت من جهة أظهرية النصوص المتقدمة، بحيث لا دوران بينهما في الحمل.

و منها: نصوص الاقرار الدالة على النفوذ من الثلث، كخبر اسماعيل بن جابر: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل أقر لوارث له وهو مريض بدين له عليه؟ قال عليه السلام: اذا أقر به دون الثلث[1].

و مثله خبر سماعه: سألته عمن أقرّ لوارث له بدين عليه وهو مريض؟ قال عليه السلام: يجوز ما أقرّبه اذا كان قليلاً[2]. و غير ذلك من الأخبار بخصوص الاقرار.

و معلوم أن عدم نفوذ الاقرار بالنسبة الى الزائد عن الثلث انما هو من جهة ثبوت

(١) وسائل الشيعه ج ١٣ ص ٣٧٧ ح ٣ باب: ١٦

(٢) وسائل الشيعه ج ١٣ ص ٣٧٩ ح ٩ باب: ١٦

....

حق للوارث في المال، فيكون الحكم بخروج المنجزات من الثلث على اجازتهم من جهة الحق المذكور، وهو المدعى.

ولكن فيه -مع ثبوت الحق للوارث في مال المورث في حال حياته مع أنه لو ثبت الخروج من الثلث في الاقرار لكان حكماً تعبدياً- ولا محيص من الاقتصار عليه في مورده، من جهة أن مسألتنا هذه أجنبية عن مسألة الاقرار، حيث أن في المقام انشاء التصرف بالتمليك و نحوه في حال المرض، و مسألة الاقرار هي الاخبار عن حق ثابت في الواقع قبل المرض، ولا ربط لأحدهما بالآخر لاموضوعاً ولا حكماً، حيث أنه يمكن لنا في المقام الالتزام بخروج المنجزات من الأصل مع عدم الالتزام به في الاقرار، وكذا بالعكس.

هذا مع مافيه من الاختلاف بين الأصحاب (قدس الله اسرارهم)، من حيث الحكم بكونه من الثلث والأصل أو التفصيل بين الدين والعين و بين الوارث والأجنبي، فربما بلغت الأقوال فيه الى العشرة كما حكي عن الجواهر. وعلى أي حال فلا مجال لعد تلك النصوص دليلاً لمسألتنا. و هذا واضح.

و منها: الأخبار الدالة على عدم الجواز بالاضرار بالورثة، التي منها خبر السكوني قال علي عليه السلام: ما أبالي أضررت بولدي أم سرقتهم ذلك المال[1].

ومنها: خبر محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل توفى و أوصى بماله كله أو اكثره. فقال عليه السلام: الوصية ترد الى المعروف غير المنكر، فمن ظلم نفسه وأتى في وصية المنكر والحيف فانها ترد الى المعروف و يترك لأهل الميراث ميراثهم[2].

---

(١) وسائل الشيعه ج ١٣ ص ٣٥٦ باب: ٥ ح ١

(٢) وسائل الشيعه ج ١٣ ص ٣٥٨ باب: ٨ ح ١

....

و تقريب الاستدلال بها انما هو من جهة جريان المناط من الرواية في رد الوصية الى الثلث، وهو التوفر على الورثة، فتشمل المناط في المقام أيضاً التصرفات المنجزة.

وفيه: ان غاية ذلك كونه حكمة لا علة يدور مدارها في كل مورد، ولا ينبغي القول به حتى في التصرفات الصادرة في حال الصحة، مع أنه كما ترى.

وأما رواية السكوني -فانها و ان كانت تشمل باطلاقها التصرفات المنجزة- الا أنها لابد من تقييدها بالتصرفات المعلقة على الموت، كما أنه ربما يؤيد ذلك قوله عليه السلام «أم سرقتهم»، فان من المعلوم أن السرقة انما هي في صورة دخول المال في ملك الوارث، وهو لايكون الا بعد الموت، والا بتخيل الموت كان المال باقياً للمورث، اذ لم يقل أحد بخروج المال عن ملكه و انتقاله الى ملك الوارث بمجرد المرض.

و حينئذٍ فلا يكاد تصدق السرقة في التصرفات المنجزة الصادرة في حال حياته، فلا محيص من حمل الرواية على الوصية، فلا يكاد حينئذٍ أن يكون دليلاً على خروج المنجزات من الأصل كمالا يخفى.

هذا تمام ما توصلت اليه من الأخبار التي يمكن الاستدلال بها للقول بالثلث، وقد عرفت عدم دلالة شيئ منها بنحو يقاوم مع الأخبار المتقدمة بقوله «مادام فيه الروح» الى قوله «مادام فيه شيئ من الروح» و غيرها، خصوصاً قوله عليه السلام «ان لصاحب المال أن يعمل بماله ماشاء ما دام حياً» الى قوله «وان أوصى به فليس له الا الثلث».

فان هذه الأخبار بين ما دلت على القول بالثلث و بين ما دلت على أنه ترد النحلة الى الوصية. كأخبار العتق و خبر السكوني، ولكن لم يكن الظهور والدلالة بنحو يتعارض مع الأخبار المتقدمة، مع مافيها من قوة الدلالة وأظهريتها من هذه الأخبار، لبداهة حملها على الصحة أو على اجازة الورثة و اشتمالها على الصحيح

....

والحسن والموثق، و تعاضدها بالقواعد المستفادة من الكتاب والسنة من سلطنة المالك على التصرف في ماله بالشهرة القديمة والاجماعات المحكية. بخلاف هذه الأخبار، حيث أنه بعد تسليم دلالة بعضها كانت أول درجة الظهور والدلالة بحيث لا تأبىٰ عن الحمل على التصرفات المعلقة على الموت، كما يؤيد هذا الحمل أخبار كثيرة: منها مثل قوله عليه السلام: ثم أوصى بوصية أخرىٰ. و غير ذلك.

ومع ذلك لا أظنك أن تتوهم في تقديم الأخبار السابقة بمجرد هذه الأخبار التي ليست الا كسراب بقيعة يحسبه الضمآن ماءً.

ثم على فرض التكافؤ فقد عرفت أن مقتضىٰ الأصول خروج المنجزات من الأصل.

هذا بعد أن قلنا بأن تصرف المالك في ماله في حال مرضه يكون خارجاً من الأصل لكون ذلك من منجزاته.

وعلى هذا فلو قلنا بخروجه من الثلث، فان بعد انعقاد المضاربة من طرف المالك و جعله النصف للعامل مثلاً، فالمال يكون نقداً في يد العامل ولايكون المالك قبل الاسترباح مالكاً الا لرأس المال. والمفروض أن ذلك على القول الثاني محسوباً من الثلث الذي للمالك السلطنة عليه، فتكون السلطنة الموجودة في حال حياته باقية بعد موته، و ليس للورثة اختيار وجوده و عدمه حتى يكون ذلك مضراً بمال الورثة، فيكون للمالك الحق لأن يهب الثلث الى العامل أو أن يهب منافعه للعامل، فلا يرجع الى الورثة حتى يقال بأنه تضييع للورثة. فالمورث تكون له السلطنة على التصرف في الثلث بما كان له عند وجوده على تمام المال، ولا يحتاج الى ما عبر به الماتن، كما لاوجه لما أستشكله بعض الأساتذة، فيكون المالك بحيث ضارب العامل بهذا المال- والمفروض أنه محسوب من الثلث- فلا مجال للاشكال عليه، ولا ربط له بالورثة حتى يكون تمليكه محاباة تضييع لحق الورثة.

(السادسة) اذا تبين كون رأس المال لغير المضارب -سواء كان غاصباً أو جاهلاً بكونه ليس له- فان تلف في يد العامل أو حصل خسران فلمالكه الرجوع على كل منهما، فان رجع الى المضارب لم يرجع على العامل، وان رجع على العامل رجع اذا كان جاهلاً على المضارب، وان كان جاهلاً أيضاً لأنه مغرور من قبله. وان حصل ربح كان للمالك اذا أجاز المعاملات الواقعة على ماله وللعامل أجرة المثل على المضارب مع جهله.

والظاهر عدم استحقاقه الاجرة عليه مع عدم حصول الربح، لأنه أقدم على عدم شئ له مع عدم حصوله، كما أنه لايرجع عليه اذا كان عالماً بأنه ليس له، لكونه متبرعاً بعمله حينئذٍ[١].

---

[١] لابد من بيان مقدمات لتوضيح المسألة المذكورة:

المقدمة الأولىٰ: ماهو الغصب، وهل يختص بالعالم به فقط أو يشمل الجاهل بحسب معناه؟

نقول: أن أحسن التعاريف للغصب هو ما ذكره المحقق قدس سره من أنه: استقلال اليد على مال الغير عدواناً. بناءً على كون المراد من الاستقلال استقلاله في مقابل مقهورية صاحب المال، و عدم أستقلاله في مقابل الاشتراك ، حتى يقتضي بيد الغاصبين من حيث اشتراكهما في غصب المال و عدم استقلال كل واحد في الغصب مع صدق الغصب و ضمان كل واحد منهما للمال.

و بناءً على تعميم المال لما يشمل حق التحجير و جعل المراد من العدوان العدوان بمعنى التعدية عن الحسن لا العدوان بمعنى الظلم حتى يشمل الجاهل بالغصب أو حكمه، فيكون المراد حينئذٍ من العدوان الاستقلال على مال الغير.

و الظاهر -على ما يظهر من كلماتهم فيما بعد وهو صورة مالو سكن الغاصب مع مالكه في الدار- من التردد في ضمان الغاصب لكون الاستقلال في كلامهم

....

مايكون في مقابل الاشتراك .

ولكنه أيضاً لابأس للقول به والحكم بضمان الغاصب، لعدم امكان الاستيلاء على مال شخص في الخارج بتمام الاستيلاء من طرف شخصين كل واحد على حدة، من جهة استلزامه اجتماع الضدين، فلابد من أن يكون هناك استيلاء واحد، غاية الأمر انه كان قائماً بشخصين، فيكون المال تحت استيلاء كل واحد منهما ضمناً. كما يتصور ذلك في الاشاعة من حيث ملكية كل واحد لكل جزء من المال بنحو من الضمنية لا الاستقلالية.

و حينئذٍ فان قلنا في تعريف الغصب وما هو موضوع الضمان بمطلق الاستيلاء المبرز، يلزمنا القول بضمان كل من الغاصبين لتمام المال، من جهة صدق التعريف المذكور، كما ذهب اليه صاحب الجواهر (قدس سره) في قوله: ان للمالك الرجوع الى التضمين أيهما شاء.

وأما اذا قلنا في تعريفه بأنه الاستقلال التام على مال الغير بغير حق، فضمان كل من الغاصبين لمال واحد مبني على أن يكون هذا الاستقلال الضمني بنظر العرف بمنزلة الاستقلال التام على النصف، أي ١/٢ بعد ان كان الغاصبين لنصف المال.

و يحكم في الفرض المذكور لو سكن الغاصب مع مالكه بضمان النصف كما ذهب اليه الشيخ تبعاً للمشهور، وان قلنا بعدم كون الاستقلال بمنزلة الاستقلال التام على النصف، فلا يحكم بالضمان أصلاً لاضمان التمام ولا ضمان النصف.

ولعله من هنا تردد المحقق (قدس سره) في ضمان النصف، اذ على مسلكه من أخذ الاستقلال التام في معنى الغصب مع فرض عدم كون هذا الاستقلال الضمني التام بمنزلة الاستقلال التام على النصف، فلا محيص من أن الالتزام بمنزلة الاستقلال التام بعدم الضمان في الفرض عدم المصحح الموجب للضمان عنده على هذا المسلك.

....

ثم انك بعد ما عرفت من كون الغاصب قادراً على منع تصرف المالك في جميع ملكه ولو مع ابراز الارادة، و ابرازها بوجه ما ظاهر في نفسه بجعل المال تحت سلطنة نفسه مع الابراز، تعرف بأن التحقيق أنه بمجرد احراز المال بتخريج المالك لم يكن المالك من جهة الغصب الموجب للضمان فلو لم يكن يحكم بالضمان، و حينئذٍ لابد من ملاحظة صدق الاتلاف عليه و عدمه.

ولا يخفىٰ أن هذا البحث غير البحث عن أقوائية المباشر عن السبب الموجب لاسناد الاتلاف الى ماهو الأقوىٰ سبباً كان أو مباشراً، من جهة أن البحث في ثاني الجهتين، حدثت الآثار ام لا، و سيأتي البحث فيه مفصلاً. فالذي يكون مربوطاً بالمقام هو البحث في الضمان.

وأما السؤال عن الضابط في ذلك فنقول:

ان الفعل الصادر من الشخص تارة يكون تاماً و تارة يكون ناقصاً لتحقق التلف و أخرى لايكون كذلك بل يحتاج الى مقدمات اُخر.

وفي الصورة الثانية تارة تكون تلك المقدمات عادية قريبة و أخرى تكون بدافع كونها عادية و ثالثة تكون المقدمات مقدمات بعيدة عن الفعل مع كونها غير عادية.

أما الصورة الأولىٰ فلا اشكال في الضمان و صدق الاتلاف على الفعل الصادر منه ولو لم يكن ذلك الفعل صادراً عن شعوره و اختياره، بل لوصدر في حال عدم شعوره - كما اذا صدر منه حال نومه مثل ما اذا انقلب على شخص فقتله، أو صدرت منه احدى النواقض، أو ضرب برجله على شخص أو كوز فكسره، وأمثال ذلك مما كان الفعل الصادر عنه علة تامة لتحقق الاتلاف - ففي جميع ذلك يحكم بالضمان من جهة الاتلاف.

و مثل هذه الصورة الصورة الثانية فيما اذا كانت المقدمات العادية قريبة الى الفعل، كما اذا كانت مع المالك دابة في الذهاب الى الارض الغير المسبعة فقتله السبع أو أرسل الدابة فوقعت في البئر مع انحصار الطريق اليه، حيث أن هذا

....

الفعل الصادر بواسطة قرب المقدمات يعد عند العرف بمنزلة الآلة و علة تامة لتحقق التلف، فلا يحتاج الى الحكم بالضمان حينئذٍ، كون الفعل صادراً عن اختيار الانسان و شعوره و المدار في ذلك هو ما كان التلف مستنداً الى الأفعال التوليدية لفعل المكلف ولو بنظر العرف، و يعتبرون في صدق التلف والحكم بالضمان كون المكلف شاعراً به.

وأما الصورة الثالثة -وهي ما اذا كانت المقدمات العادية بعيدة، كما اذا لم تكن الأرض مسبعة ولم تكن البئر قريبة من الطريق ولم يكن الطريق منحصراً فيه بطريق واحد -فمنع المالك امساك دابته وأرسلها في الصحراء فاتفق و قوعها في البئر واتفق تقارنه مع السبع فقتله، ففي هذه الصورة ينبغي التفصيل في صدق الا تلاف بين ما اذا كان المنع صدر عن اختياره و ارادته و علمه بأنه لو أرسلت الدابة لتقع في البئر و يقتلها السبع من باب الا تفاق من جهة ذهاب الدابة الى مكان فيه سبع، فيصدق الا تلاف عليه حينئذٍ. بخلاف ما اذا لم يكن الفعل عن اختياره و سطوره و عدم علمه بذلك، حيث أن في صدق الا تلاف عليه حينئذٍ- سيما مع عدم صدور الفعل عن ارادته و اختياره- اشكال واضح.

و منه يتضح الأمر في عدم صدق الا تلاف في الصورة الرابعة، فيما اذا تلف بآفة سماوية، حيث لا اشكال في عدم صدق الا تلاف عليه، ولو فرض صدور المنع عن امساك الدابة وارسالها باختياره وارادته و علمه بهلاك الدابة من جهة الآفة السماوية كالبرق و غيره.

وعلى كل حال فمع اتهامه في صدق الا تلاف كان الأصل براءة ذمته من الضمان، والأصل عدم اجراء أحكام الا تلاف من التضمين و غيره حتى الحرمة تكليفاً.

نعم لوكان في البين تكليف فانما يكون من جهة انطباق عنوان الظلم عليه، لا من جهة الا تلاف كما لا نخفى، لضرورة عدم صدقه عليه حتى تترتب أحكامه.

....

نعم قد يتمسك للضمان حينئذٍ بقاعدة نفي الضرر بقوله «لاضرر ولاضرار»، حيث أن مقتضاها هو الضمان والخروج عن عهدة مال الغير، فنقول: اذا انجر الكلام الى هنا لابأس بالتعرض لتلك القاعدة

لا أشكال ظاهراً من لفظة «لا» عند استعمالها هو نفي حقيقة الضرر في الاسلام، و حيث يرىٰ بالوجدان تحقق الضرر في الاسلام و قعوا في حيص و بيص، لمكان منافاته لوقوع الضرر في الحقيقة، فذهبوا تارة الى أن المنفي هو الأحكام الضررية، و معنى «لاضرر» أي ماجعل الله تعالى حكماً ضررياً في الاسلام.

وأخرىٰ أن المنفي هو الضرر الغير متدارك ، فلزوم العقد في العقد الغير الغبني كان ضررياً اذا كان غير متدارك بالخيار.

و ثالثة الى أن المنفي هو الضرر، بأن استعمال «لا» لنفي الحقيقة لكن بنحو الادعاء، فيكون نفيه كناية عن نفي الآثار من الأحكام، لا أن النفي تعلق أولاً بنفي الحكم. فيكون حينئذٍ نظير قوله عليه السلام «يا اشباه الرجال ولا رجال»، حيث جئ به في مقام نفي الآثار والرجولية.

ولكن يمكن حمله على معناه الحقيقي، بأن يكون المراد هو نفي حقيقية الضرر من قبل الشارع، كماهو مفاد قوله «في الاسلام»، بمعنىٰ عدم جعل الشارع حقيقة الضرر أصلاً ولو من جهة عدم جعل منشأ انتزاعه، كما يقرب من نظير ذلك حديث الرفع من رفع المؤاخذه مع كونها أمراً عقلائياً غير قابل للوضع والرفع، فكما أنه يجاب عن ذلك بأنه يمكن رفع المؤاخذة برفع منشأ انتزاعه -وهو ايجاب الاحتياط- فتكون المؤاخذة بهذا الاعتبار قابلة للوضع والرفع، كذلك في المقام بأن النفي هو حقيقة الضرر شرعاً ولو من جهة جعل منشأ انتزاعه.

و ربما يثمر ذلك مع القول بأن المنفي هو الحكم الضرري، بأنه على هذا المسلك الى حكم مجعول يترتب عليه الضرر حتىٰ يرفع بتلك القاعدة، بخلاف القول بأن المنفي هو الحكم الضرري، حيث لابد في جريان القاعدة من أن يكون

....

في البين حكم ضرري مجعول.

و بعبارة أخرى: انه بناءً على مسلك نفي الحكم أو نفي الموضوع بلحاظ الحكم فيما اذا كان الحكم حقاً للطرف و عدم جعل السلطنة على حل العقد، لايمكن التمسك بقاعدة نفي الضرر، حيث أن القاعدة على هذا كانت ناظرة الى نفي الأحكام المجعولة الضررية، فليس لها اثبات الأحكام التي تلزم من عدم جعلها ضرر على الأمة، فلايمكن اثبات الخيار بتلك القاعدة.

وأما بناءً على المسلك الأخير من كون نفي الضرر هو نفيه في الشرع حقيقة، فيمكن التمسك بها حتى فيما اذا كان الضرر آتياً من قبل عدم الجعل، فيرتفع الضرر برفع منشأ انتزاعه فيما اذا كان المنشأ فيه هوالحكم المجعول، و فيما اذا كان رفعه برفع ذلك الحكم المجعول، و فيما اذا كان المنشأ هو الحكم المجعول كان رفعه برفع ذلك الحكم المجعول، و فيما اذا كان المنشأ هوعدم جعل الحكم كان رفعه باثبات الجعل. ففي المثال كان رفع الضرر برفع منشأ انتزاعه، وهو جعل السلطنة للطرف على حل العقد.

نعم على هذا المسلك لابد من تخصيص أدلة نفي الضرر بما اذا لم يكن الضرر من لوازم نفس الحكم، كمافي الخمس والزكاة والجهاد والمضاربة، بل كان الضرر من لوازم خصوصيات الحكم، ولا يلزم من ذلك التخصيصات الكثيرة البالغة الى حد الاستهجان، بل هوتخصيص واحد خرج جملة من الأمور لجامع واحد ولاضير فيه.

وعلى كل حال لاريب في ورود هذه القاعدة في مقام الامتنان على الأمة، و لازمه توقف جريانها على أمرين:

الأول: أن يكون امتنانياً على الشخص.

الثاني: أن لايكون خلاف الامتنان في حق الغير، فلا يجري فيما اذا كان خلاف الامتنان في حق آخر. وهذا مما لا اشكال فيه، وانما الاشكال في موارد

....

انطباقها و جريان العمل على طبقها.

أما في العبادات فبالنسبة الى الضرر العرضي والنفسي -وان كان على نفي التكليف بتلك القاعدة- الا أن الظاهر بل المتيقن كونه من جهة انطباق عنوان الحرج عليه وان كان ينطبق عليه أيضاً عنوان الضرر، و ذلك من جهة أنه لوكان المدار على عنوان الضرر يلزمه القول بنفي التكليف بمجرد تحققه ولو لم يصل الى حد الحرج.

و هذا مما لا يلتزم به المشهور، بل فقيه، فيكون ذلك كاشفاً قطعياً عن عدم كون المدار على مجرد الضرر غير البالغ الى حد الحرج، بل وان المدار عندهم هو حقيقة الحرج، وهو وان كان ملازماً للضرر الا أنه ليس من جهة انطباق عنوان الضرر عليه. و يدل عليه قوله عليه السلام في رواية عبد الأعلى: ما جعل عليكم في الدين من حرج. و أمره المسح على المرارة[1] حيث أنه تمسك في نفي التكليف بالمسح على البشرة بقاعدة نفي الحرج و سكت عن هذه القاعدة، مع فرض انطباق قاعدة نفي الضرر عليه أيضاً، و ضررية المسح على البشرة مقدم لغرض اثبات هذه القاعدة، واستدلاله بقاعدة نفي الحرج يكشف عن عدم كون المدار في باب التكاليف على طبيعة الضرر، وان ما عليه المدار هو قاعدة نفي الحرج.

وأما الضرر فكذلك، حيث لايكون المدار على مجرد الضرر غير الواصل لحد الحرج، وأما اذا كان الشخص غير واصل لحد الحرج بل واصل لحد الضرر ولم يكن حرجياً عليه فانهم تراهم يحكمون بوجوب شراء الماء للوضوء بأضعاف مضاعفة مالم يكن حرجاً على المكلف ولايكون خارجاً عن الحكم بالوضوء ولو كان باضعاف سعره العادي.

وهكذا بالعكس ممن كان شراء الماء للوضوء عليه حرجاً حتى بالقيمة

(١) الوسائل ج ١ ص ٣٢٧ باب ٣٩ ح ٥.

....

المتعارفه، فينتقل الى التيمم و يرون سقوط الأمر بالوضوء. ففي السابق يرون بقاء التكليف اذا لم يصل الى حد الحرج، وفي الثاني يرون برفع التكليف عند الحرج الشخصي وان كان ممن يقدر لولا هذا الشخص لماء الوضوء.

والحاصل: انه مع التمكن من شراء ماء الوضوء و بقاء التكليف بين الأشخاص بالوضوء- حيث أن التمكن من شراء ماء الوضوء وعدم حرجيته عليه، و يشهد على ذلك بعض الروايات، ففي رواية محمدبن يحيى عن احمدبن محمد عن البقي عن سعدبن سعد عن صفوان قال: سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل احتاج الى الوضوء للصلاة وهو لايقدر على الماء فوجد بقدر مايتوضأ به بمائة درهم أو بألف درهم وهو واجد لها، أيشتري و يتوضأ أو يتيمم؟ قال عليه السلام: لابل يشتري قد أصابني مثل ذلك فاشتريت و توضأت وما يسوئني مال كثير[1].

وفي بعض النسخ مارواه الصدوق مرسلاً عن ابي الحسن الرضا (ع) نحوه الا أنه أسقط عبارة «هو واجد لها» وقال: ما يسوئني بذلك مال كثير.

وفي رواية أخرى في تفسير العياشي عن الحسين بن طلحه قال: سألت العبد الصالح عليه السلام عن قول الله عزوجل «أو لامستم النساء فلم تجدوا ماءً فتيمموا صعيداً طيبا» ماحد ذلك، قال: فان لم تجد بشراء و بغير شراء. قلت: ان وجد قدر وضوء بمائة الف أو بألف وكم بلغ. قال: ذلك على قدر حاجته وجدته[2].

أقول: ان المستفاد من هذه الروايات عدم العبرة بالضرر المالي و عدم ارتفاع التكليف مالم يبلغ الضرر الى حد يصعب تحمله، كمافي قوله «ذلك على قدر جدته»، فيكون ذلك شاهداً على عدم العبرة بالضرر المالي في باب التكاليف، بل وان المدار على بلوغه وتحمله حرجاً على المكلف، ففي مثل هذه الصورة يسقط

---

(١) وسائل الشيعه ج ٢ ص ٩٩٧ باب: ٢٦ ح ١

(٢) وسائل الشيعه ج ٢ ص ٩٩٨ باب: ٢٦ ح ٢

....

التكليف بالوضوء ولو وجد الماء بقدر القيمة المتعارفة أو أنقص منها.

نعم ربما يستظهر من تلك القاعدة موارد:

منها: انتقال الوضوء الى التيمم اذا كان الطريق مخوفاً من جهة لص أو سبع.

ومنها: مسألة الأمر بالمعروف، من حيث حكمهم بوجوبه الا اذا استلزم ضرراً عليه فيرتفع وجوبه.

ومنها: مسألة الحج فيما اذا كان الطريق محرماً.

ولكن لايخفىٰ أنه بعد تقييد الضرر بالضرر البالغ الى حد الحرج، كان الوجه في تلك الموارد من جهة النصوص الخاصة:

ففي رواية ابن محبوب عن داود الرقي قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أكون في السفر فتحضر الصلاة وليس معي ماء ويقال ان الماء قريب وطلبت الماء رحب يميناً و شمالاً. قال: لا يطلب الماء ولكن يتيمم، فاني أخاف منك التخلف عن أصحابك فتضل و يأكلك السبع[1].

وفي رواية أخرىٰ عن حماد بن عثمان عن يعقوب بن سالم قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل لايكون معه ماء والماء عن يمين الطريق و يساره غلوتين أو نحو ذلك. قال عليه السلام: لا آمره أن يعرّض بنفسه فيعرض له لص أو سبع[2].

وفي رواية أخرىٰ قال داود الرقي أفأطلب الماء يميناً و شمالاً فقال ابوعبدالله عليه السلام له لا تطلب الماء يميناً و شمالاً ولا في شئ، ان وجدته فتوضأ منه وان لم تجده فامض[3].

فيكون الحكم في جميع ذلك مع تلك الموارد لأجل نصوص خاصة ولايكون

---

(١) وسائل الشيعه ج ٢ ص ٩٦٤ باب: ٢ ح ١ ابواب التيمم.

(٢) وسائل الشيعه ج ٢ ص ٩٦٤ باب: ٢ ح ٢

(٣) وسائل الشيعه ج ٢ ص ٩٦٤

....

مربوطاً بالمقام أصلاً.

نعم يمكن أن يقال: بأن هذه الروايات مؤيدة للمقام عند الدقة على من استشعر الروايات الواردة مع ملاحظة القاعدة التي ذكرناها فافهم.

هذا كله في الأحكام التكليفية من العبادات، وقد عرفت أنه لايكون مورداً لأعمال تلك القاعدة، وانما يكون فيها هو العمل على قاعدة الحرج، وان المستفاد من الأدلة الأخيرة هو حجية الاحتمال لابتلائه بالحرج، و يكون الاحتمال العقلائي بالابتلاء بالحرج كافياً في رفع التكليف بوجوب الوضوء عليه، فيكون الحكم آكد كما ذكرنا، فالمدار على قاعدة نفي الحرج لا الضرر.

وأما المعاملات من العقود والايقاعات فيما اذا كان الضرر حاصلاً من غيره قبل العقد، بل كان الضرر حاصلاً من سبب خارج عن العقد، كما اذا اشترى ضيعة بداعي الربح فنقصت قيمتها، أو أبق العبد من جهة كسر السوق أو غيره من الأمور التي لا تكون دخيلة في نفس العقد الخارجة عن العقد، فلا اشكال في عدم جريان قاعدة نفي الضرر في المقام، بل لايتوهمه أحد من الأصحاب.

نعم بناءً على أن يكون الضرر - كما قلنا سابقاً- عاماً و عموميته تقتضي أن يكون شاملاً للضرر الاعتباري فيكون البائع داعياً على الاقدام على العقد من جهة النفع الحاصل له من هذه المعاملة و بعد الا تيان بهذه المعاملة بتنزل السوق لم يصل اليه هذا الداعي الذي أجرىٰ العقد له.

و حينئذٍ يمكن فرض العقد باطلاً أصلاً، لأن الضرر لم يأتِ من ناحية العقد وانما لضرر حاصل من قبل الدواعي الخارجه عن العقد.

ولكن هذا القصد الى اجراء المعاملة و كسر السوق يوجب عدم وصوله الى الداعي العقلائي الذي صار علة لاجراء العقد، فيكون من قبيل نقض الغرض من اجراء العقد، وهو يوجب تحصيل غرضه، و ذلك يوجب البطلان أو الخيار. و هذا كثيراً مايكون في المعاملات ولا يكون العقد ضررياً.

....

وأما اذا كان العقد بنفسه ضررياً و لزومه الذي قد قسمناه كما في العقود الغبنية، فظاهرهم وان كان التمسك بالقاعدة الضررية كمافي حق الخيار و ارتفاع اللزوم، الا أن النظر الدقيق يقتضي خلاف ذلك و اثباته بتلك القاعدة، لأن قاعدة الضرر في المقام تقتضي السلطنة على حل العقد، وأما اثبات حق الخيار فلا تقتضيه القاعدة، ولولا الاجماع لم تقتض القاعدة اثبات الخيار في أبواب العقد حينئذٍ، فان القدر المتيقن من القاعدة هو السلطنة التي يمكن اثباتها بها فحسب على حل العقد لا اثبات الحق للطرف الذي يكون من أحكام السقوط، حيث أن اثبات الخيار كان موجباً لخلاف الامتنان على الطرف.

ومن الواضح: ان دليل «لاضرر» لايكون الا السلطنة على عدم وجوب ابقاء العقد، وأما كونه مثبتاً لحق اعمال الخيار لطرف المغبون فانه يوجب خلاف الامتنان للطرف الاخر، فلم يكن دليل لاضرر شاملاً له تخصصاً لا تخصيصاً، أو يحتاج الى دليل تعبدي يكون حاكماً لذلك كالاجماع أو الدليل الخاص بذلك كالروايات الواردة في أن له حق الخيار، والقدر المتيقن هو الاجماع.

وأما في مورد التزاحم في الحقين، فالأمر لايخلو من اشكال، كمافي المضاربة التي يكون الغاصب والعامل قد تصرفا في المال أو تصرف أحد الشخصين في ماله أو في المباحات موجباً لنقص في مالية مال الطرف من دون نقص في أصله، كالتصرف في مال الغير بعنوان المضاربة أو في منفعته، واما ان يكون موجباً للنقص في عين ماله.

فالصورة الأولى: كما اذا أخذ المال للتصرف فيه بالمضاربة وجلب الاسترباح من دون نقص في عين ماله، بل يوجب هذا التصرف مضافاً لكون أصل المال مضموناً يوجب الزيادة في الربح زائداً على أصله، و كذا اذا قد بنىٰ داراً جنب دار الغير تكون محلاً للعسكر، أو بنىٰ حماماً في جنب داره بحيث يكون موجباً للنقص في مالية دار الغير من جهة كونه موجباً لظلمة أو غير ذلك. ففي جميع هذه

....

الصور لا اشكال في عدم جريان قاعدة نفي الضرر، بحيث يوجب قصور سلطنة الطرف على التصرف في ماله، بل لم يتوهمه أحد ممن تعرض لتلك القاعدة، وان كان في كلمات جملة من المتأخرين يظهر التمسك بها، حيث جعلوا المعارضة بين الضررين وجعلوا المرجع عند التعارض عموم السلطنة على الأموال.

ولكن عند التأمل يظهر بأنه لامجال لجريان هذه القاعدة أصلاً حتى تنتهي النوبة بعد الجريان الى التعارض والتساقط والرجوع الى عمومات السلطنة، وذلك لما ذكرناه من أنه يشترط في جريان القاعدة نفي الضرر علاوة عن كونها امتنانية للشخص وعدم كونها خلاف الامتنان في حق آخر، حيث تكون السلطنة على الأموال ارفاقية للمالك ونفيها بواسطة قاعدة نفي لاضرر خلاف الامتنان، فلايمكن نفيه بأدلة نفي الضرر.

ومن هنا لم يتوهم احد بالحكومة عليها في أمثال هذه الموارد مما لايوجب السلطنة على المال نقصاً في سلطنة الغير، فيحكمون بأن للمالك التصرف في ماله كيف شاء، مثل بناء الحمام والسكنى للعسكر وبيع داره من المخالف، ولو مع سببية هذه الأمور نقصاً في مالية دار الغير، بحيث يبلغ قيمته من جهة عدم رغبة الناس الى النصف أو الثلث. ومثله ما لو عرض متاعه في السوق فباعه بأنقص من قيمته المتعارفة بسبب كسر السوق الموجب للنقص في متاع الغير، فلا يتوهم أحد بعدم مسوغية هذه التصرفات من جهة قاعدة الضرر. ولعل هذا واضح لايحتاج الى الاطناب فيه.

ثم انه يدخل هذا القسم فيما اذا كان تصرفه في ملكه أوفي المباحات مانعاً عن أصل انتفاع الغير، كما اذا حفر بئراً في ملكه وكان ذلك يسبب جلب المياه الى بئره الموجب بالتالي الى عدم انتفاع الغير بمياه أراضيهم، ما لم يكن موجباً طلب المياه الموجودة في بئر الطرف، فان ذلك من القسم الأول لا الثاني الذي سيأتي الكلام فيه.

....

و فذلكة الكلام في المقام: انما تكون في موارد لايوجب التصرف فيه نقصاً في عين مال الغير، كما اذا نصب شبكة على نحو يمنع من وقوع الصيد في شبكة الغير. وعلى هذا لا تكون قاعدة «لاضرر» موجبة لمنع الغير من نصب هذه الشبكة.

وأما الصورة الثانية: وهي ما اذا كان التصرف من قبل أحد الشخصين في ملكه أوفي أمر مباح موجب للنقصان في مال الغير، ففي هذه الصورة لا اشكال في عدم جريان قاعدة السلطنة و يحكم بالضمان، وانما الكلام في أنه كيف تمنع قاعدة نفي الضرر، بحيث يكون المانع عن جريان قاعدة السلطنة هوتلك القاعدة، أو أنه من جهة القصور في أصل جريان قاعدة السلطنة على الأموال ولو لم تكن في البين قاعدة الضرر أصلاً.

ولكن الحق هو الثاني، من جهة أن قاعدة السلطنة انما تجري في مورد لا يستلزم التصرف في مال الغير، فيكون الحكم فيها من جهة اضافة المال اليهم لا مطلقاً، فلا تجري في موارد استلزام التصرف في مال الغير، حيث انه تعارضها حينئذٍ قاعدة السلطنة في ذلك الطرف الآخر، من جهة فرض سلطنة ذلك الآخر أيضاً على ماله.

و حينئذٍ يخرج هذا النحو من السلطنة عن عموم تلك القاعدة و يختص بموارد لم توجب التصرف في مال الغير، و معه يحكم بالضمان، لما دل على أن احترام مال المؤمن كاحترام دمه.

و حينئذٍ فلا تصل النوبة الى قاعدة نفي الضرر و حكومتها على السلطنة، لأنه في مورد لولاه لكانت السلطنة جارية، فتكون حكومتها مرفوعة منها. وقد عرفت من أنه لا مقتضي لجريانها حينئذٍ، ولو لم تكن في البين قاعدة لاضرر ولاضرار.

ثم انه يدخل في هذا القسم ما اذا كان التصرف موجباً لنقصان في منعه مال الغير، فلا تجري قاعدة السلطنة من جهة معارضتها أمر السلطنة في ذلك الطرف الآخر. والمدار في ذلك هو كل مورد ثبتت فيه سلطنة الطرف عليه لم يكن مجرى

....

لقاعدة السلطنة، و معه لا تصل النوبة الى قاعدة الضرر. وكل مورد لم تثبت سلطنة الطرف عليه - كما في الصورة الأولى مما كان التصرف و جريان قاعدة السلطنة موجباً للنقص في المالية- كانت القاعدة جارية ولا يحكم بالضمان كما عرفت.

و عمدة السر فيه هو: أن قاعدة السلطنة انما تثبت السلطنة على الأموال لا السلطنة على مالية المال، فبالنسبة الى موارد استلزام التصرف نقصاً في مالية المال لما لم يحدث لم يثبت سلطنة الطرف على مالية ماله كانت قاعدة السلطنة جارية بلامعارض. و معه لامجرى لقاعدة نفي الضرر، من جهة أن نفي السلطنة عنه كان خلاف الارفاق في حقه، و بالنسبة الى موارد استلزام التصرف في مال الغير -سواء كان في عينه أو منفعته- لما كانت السلطنة ثابتة للطرف بمقتضى القاعدة، فالقاعدة غير جارية، ومع عدم جريانها يحكم بالضمان والخروج عن عهدته.

وعلى أي حال فلا مجرى لقاعدة نفي الضرر:

أما في الصورة الأولى فلكونه خلاف الامتنان في حقه وأما في الصورة الثانية فمن جهة عدم وصول النوبة اليها وقصور قاعدة السلطنة في حد نفسها ولو لم تكن في البين قاعدة لاضرر أصلاً.

فتلخص مما ذكرنا أنه لامورد لجريان قاعدة لاضرر، لافي باب التكاليف ولا في مورد العقود ولا الايقاعات ولا في موارد تزاحم الحقين.

فقد عرفت أن قاعدة لاضرر ولاضرار تكون في مقام الاخبار بأن الضرر في الشرع مرتفع من جهة القواعد الموجودة فيه، ولا تكون على مبنى المحقق الخراساني «قده» ولا على مبنى الشيخ الأعظم الانصاري «قده»، بل تكون في مقام الاخبار عن أن الضرر مرتفع في الأحكام الشرعية بالقواعد المضروبة في نفس الأحكام. نعم لوكان الضرر بالغاً الى حد الحرج لكانت تجري في كثير من الموارد. فافهم.

وكيف كان فلا ريب في عدم جريان نفي الضرر و عدم امكان اثبات الضمان

....

بها في المقام، حتى في موارد الا تلاف للمال و استناد الا تلاف اليه، من جهة أن اثبات الضمان و جعل الحق في عهدته كان منافياً للارفاق عليه مع كونه مسلطاً على عهدته.

و حينئذٍ فاثبات الضمان لابد وأن يكون لأجل قاعدة الا تلاف المصطادة من قاعدة السلطنة. والأخبار -من مثل حرمة مال المؤمن كحرمة دمه وما دل على عدم الاضرار بطريق المسلمين على ماهو محرر في محله عند التعرض لتلك القاعدة و مدركها، فالحكم بالضمان يدور مدار الا تلاف و عدم صدقه، فكل مورد صدق عليه الا تلاف للمال يحكم بالضمان.

وأما الموارد التي لم يصدق عليها الا تلاف للمال أو كان هناك تصرف ولكن لم يكن اتلافاً للمال بل اتلافاً لمالية المال، فلا يحكم بالضمان أصلاً، لما عرفت من قاعدة السلطنة و جريانها في الصورة الثانية دون الصورة الأولىٰ.

وكيف كان فمع فرض عدم اثبات اليد والاستيلاء لايحكم بالضمان، الا اذا صدق عليه الا تلاف للمال.أو المنفعة.

وأما اذا أثبت يده عليه -بأن وجه قدرته نحوه في جعله تحت حيطة سلطانه، كما اذا تصرف في مال الغير بالبيع والشراء والاسترباح من مال الغير فكان ضامناً لأصل المال والربح العائد من المال، من جهة تحقق الغصب الذي قد عرفت بالاستيلاء عليه وأنه الاستيلاء التام على مال الغير مع ابراز مبرز في الخارج من نقل و انتقال و غيره.

وعلى هذا فلا يحتاج في تحقق الغصب واثبات اليد الىٰ النقل والانتقال في المنقولات بالبيع والشراء، بل يكفي في تحققه مجرد التصرف فيه، كالاستيلاء على مال الغير والسيطرة على مال الغير، بحيث لو أراد التجارة به لأمكن من دون اذن المالك من التصرف فيه. وكل ذلك من جهة الاستيلاء المبرز.

نعم ينبغي أن يصدر ذلك بما اذا كان من قصده التصرف فيه واعمال القدرة

....

بجعل المال تحت استيلائه على ماعرفت سابقاً في معنى الاستيلاء، فلو لم يكن من قصده ذلك بل كان قصده مجرد الامتحان لمن يشتغل بماله فاشتغل الرجل بماله و تلف فلا يضمن اذا لم يكن مزعجاً للمالك.

ولكن عدم ضمانه لايكون في صرف المال للتجارة التي تكون له كمال السيطرة على المال، وأما ما قلناه فان ذلك انما يكون في التصرفات غير المتلفة و غير الملازمة مع الاستيلاء.

وأما التصرفات غير المنفكة عنها كتصرف المضارب، فلا ينبغي الاشكال في أنه يصدق بها الاستيلاء، فتثبت اليد بمجرد تحققها في الخارج. كمالا يبعد أن العمل المضاربي بالمال وان كان لأجل الامتحان من هذا القبيل، خصوصاً مع ازعاج المالك.

وكيف كان فلا يتوقف تحقق الغصب واليد على قبض المال و نقله، كما ذكره جماعة بتخيل التوقف على النقل والانتقال - كما في البيع من عدم تحقق القبض المعتبر فيه الا النقل والانتقال- بل يكفي في تحققه اثبات اليد على مال الغير عرفاً بالتصرف فيه، كما أنه لايعتبر أزيد منه في ذلك المقام.

ولكن قد عرفت بأنه ليس المراد من اثبات اليد الا توجيه القدرة نحو مال الغير بجعله تحت ضبطه و سلطانه، غاية الأمر انه لايكفي مجرد ذلك في تحقق الغصب، بل يحتاج الى أمر زائد على ذلك، وهو وجود مبرز لذلك الاستيلاء من نقل و انتقال و غيرهما من التجارة بالمال وحصول الاسترباح و بيعه و شراؤه، اذ ذلك من المبرزات.

وعليه فلا اشكال في أن صحة غصب المال اذا جعله في استيلائه و صدور النقل والانتقال منه و ضمان الغاصب للمال بصرف كونه تحت استيلائه، من دون أن يكون محتاجاً الى القبض والاقباض الذي يتمثل في البيع والشراء، خلافاً لأبي حنيفة و تلميذه ابي يوسف من عدم تصوير الغصب الا من القبض والاقباض

....

المتمثل في البيع والقبض والاقباض الصادر منه من جهة عدم تصور اثبات اليد عليه. مع أنه ينتقض بمثل بيعه، فلازمه حينئذٍ عدم صحة بيع العقار والدار من جهة عدم تصور القبض والاقباض فيه، مع أنه لاشبهة في صحة بيع العقار والدار وكفاية التمكن من التصرف فيه.

وعلى أي حال فلاريب في تحقق الغصب بمجرد تحقق الاستيلاء أو ابرازه من التصرف في المال و جعله في معرض التجارة وان لم يتجر به بل استيلائه علىٰ هذا المال، من دون فرق بين علم المالك و عدمه، فان تلف يضمن وان لم يتلف يكون فعله حراماً كما دلت عليه الأدلة الكثيرة:

منها النبوي المعروف: لا يحل مال امرئ مسلم الابطيب نفسه[1].

ومنها النبوي الآخر: من غصب شيئاً من الأرض طوقه الله من سبع أرضين الى يوم القيامة[2].

ومنها: ما دل على سلطنة الناس في أموالهم، حيث عدم ثبوت سلطنة الآخر فيه و عدم قدرته عليه. و معلوم من أن المراد من عدم القدرة هنا ليس عدم القدرة على التصرف في مال الغير حقيقة، كما كان ذلك بالنسبة الى السلطنة على الأموال من البيع والشراء من حيث عدم تحققه، بل المراد من عدم القدرة عدمها على التصرف في مال الغير شرعاً الذي هو عين الحرمة التكليفية.

وأما الضمان فبعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» حيث أنه تقدم في تضاعيف ماتقدم كيفية الاستدلال به.

وعليه فلا نعيد الا ماله ربط بالمقام، و بعد ثبوت قاعدة اليد للضمان فلا ريب في دلالته على الضمان من جهة صدق الغصب واثبات اليد، من دون فرق بين أن

---

(١) سنن الدار قطني ٣:٢٦/٩١، الفردوس للديلمي ٥:١١٠/٧٦٣٥.

(٢) مستدرك الحكام ٤:٢٩٦ نحوه.

....

يتصرف فيه هو بنفسه -بأن يتصرف بالمال للتجارة بنفسه- و بين أن يأمر الغير بالتجارة بهذا المال أو يتصرف فيه، فان الغير المأمور بالتجارة بهذا المال تارة يكون مجبوراً على الاطاعة بحيث يأمرهبالقهر والقوة، ففي هذه الصورة كان الضامن هو الآمر بالتصرف في هذا المال، لأن المتصرف مقهور بالتصرف في نفس هذا المال من جهة عدم كونه عاصياً و غاصباً.

و تارة أخرىٰ اذا غير الغاصب و تصرف في المال، بأن اذن له الغاصب التصرف في المال و رخصه، فتارة يأذن له بالتصرف في المال بعنوان كونه نائباً عن الغاصب في التصرف للتجارة و يتصرف اختياراً، فيكون التصرف بهذا العنوان اختيارياً.

و أخرىٰ يأذن له بالتصرف في المال بالتجارة لا بعنوان النيابة عن الغاصب، ولكن الغاصب أيضاً يشتغل معه في التجارة في هذا المال، فيكونان مشتركين في التصرف في المال في مقابل الأول الذي كان بعنوان نيابة العامل عن الغاصب. ففي هذا المجال يكون كل منهما غاصباً، لأن العامل لايتصرف في المال بعنوان النيابة بل تصرفه يكون شخصياً في قبال الغاصب.

وعليه يكون كل منهما غاصباً، لاستناد التصرف اليهما معاً حينئذٍ، غايته يكون بالنسبة الى الغاصب الأمر و بالذات والى العامل من جهة أمر الغاصب. ولكن من حيث الغصب يكونان بالسوية.

وهذا بخلاف النائب، اذ تصرفه في المال بعنوان النيابة عن الغاصب، فيكون الضامن هو المتصرف، أي العامل فقط دون الذي له التصرف، لأنه لم يباشر في التصرف بالمال، لفرض أن الأمر بالتصرف لم يصدر منه الا منع المالك ، اذ غايته أنه قد عرفت عدم تحقق الغصب واثبات اليد على مال الغير، و اثبات اليد بهذا المقدار لايكفي، بل لابد من صدقه على توجيه القدرة نحو مال الغير و جعله تحت استيلائه، والمفروض عدم تحققه في هذه الصورة من الغاصب.

....

ومن هنا لابد من تقييد مافي اطلاق كلام المحقق من قوله: وكذا لوتصرف غيره فيها. اذ عرفت بأنه يقيد بما اذا كان الغير مسلوب القدرة والاختيار، كمافي الصورة الأولىٰ.

والا ففي الصورة الثانية كان الضمان عليهما، من جهة عدم كونه مسلوب القدرة والاختيار كما أنه في الصورة الثالثة كان الضمان على المتصرف فقط دون الغاصب، من جهة تحقق الغصب والا اليد بالنسبة الى الغاصب.

كما أن ماذكره صاحب الجواهر «قده» من تقييد العبارة بقوله: بعنوان الاذن منه والرخصة. لايرفع الاشكال المذكور على اطلاق العبارة، لضرورة أنه في هذه الصورة قد يكون الضمان عليهما كمافي الصورة الثانية، وقد يكون الضمان على المتصرف فقط الذي هو المباشر دونه كمافي الصوره الثالثة، من غير فرق بين الضمان و صدق الغصب بين صورة جهل المتصرف بالمال و علمه، لما عرفت من عدم كون المدار في تحقق الغصب على التصرف في مال الغير عدواناً و بعنوان الظلم والتعدية المفقود في المقام في صورة الجهل بالحال. بل قد عرفت بأن المدار على الاستيلاء على مال الغير من غير حق، وان المراد من العدوان التعدية عن حكم الله تعالىٰ، فيشمل حينئذٍ الجاهل بالحكم والموضوع جميعاً.

فما في الجواهر من الفرق بين الجاهل بالحال والعالم به من عدم الصدق في الأول دون العالم بالحال، مبني على أن يكون العدوان في تعريف الغصب هوالتعدي والظلم لا التعدية عن حق الله سبحانه و تعالىٰ، مع أن لازم ذلك الالتزام بصحة الصلاة للجاهل بالغصب أو الحكم، مع أنه غير ملتزم بذلك وقد صرح بالبطلان للجاهل مطلقاً، سواء كان جهله بالموضوع أو الحكم.

و بعد وضوح المسألة عليك بتبطيقها على المورد، فنقول: اذا تبين كون رأس المال لغير المضارب بل العامل سيطر على المال بتوسط الغاصب بشخصه من دون اشتراك للغاصب في التعامل بهذا المال، **يكون العامل ضامناً للمال من دون دلالة عليه.**

....

وأما اذا كان الغاصب والعامل مستوليان على المال كانا ضامنين للمال، فتكون يد كل منهما واردة على المال، سواء كان العامل جاهلاً بالغصب أو عالماً لأنهما استوليا على المال، و سواء كان العامل وحده أو مشتركاً في الاستيلاء مع الغاصب، فان الاستيلاء يوجب الضمان، فالمناط هو السيطرة على المال، فسواء كان العامل والغاصب فيضمنان معاً وان كان المسيطر الغاصب كان الضامن هو وهو المستفاد من ادلة السيطرة، فيكون الحكم دائراً مداره ولا يقيد بالجهل ولا بغيره.

والذي يقال في المقام كما أيده الماتن: أن الغاصب مسيطر على المال و يدفعه الى العامل وان العامل غير مسيطر عليه رأساً وانما يكون كالنائب عن الغاصب، والمفروض أن العامل يعلم بأن المال مغصوب ولكنه يعمل بالمال كأنه نائب عن الغاصب، فتكون يده على المال غير ضامنة للمال، بل يكون الضمان على من له الاستيلاء التام وهو الغاصب، من دون العامل فانه آلة لشهوة الغاصب في الفرض و يده أمانية، ولأنه لم يسيطر على المال وانما المسيطر وحده هو الغاصب.

ولكن هذا المبنىٰ يخالف التشقيقات التي ذكرناها، والاشكال الذي أشكله بعض الأساتذة ناشئ عن عدم تدبره في الغصب، لأن المال سيطر عليه الغاصب وانما العامل نائب عنه، كما ذكرناه في تضاعيف كلماتنا المتقدمة، والجهل والعلم لايكونان مفيدين، سواء كان في الحكم أو الموضوع، الا أن يكون العامل مسيطراً على المال وكان تحت استيلائه الا أن يكون غير مسيطر على المال، و تكون القاعدة مقتضية لذلك. كما عرفت وجهه مفصلاً. والغرر و غيره انما يفيد لوكان العامل نائباً عن المستولي لا أنه بنفسه.

وأما المعاملات الواقعة فيكون الأصل والربح فيها للمالك، وليس للعامل أجرة المثل ان لم يكن مستربحاً. والفرق بين صورة الجهل والعلم يعرف مما قد بيناه فيما

(السابعة) يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم، فيجب على المشروط عليه ايقاع عقدها مع الشارط، ولكن لكل منهما فسخه بعده.

والظاهر أنه يجوز اشتراط عمل المضاربة على العامل، بأن يشترط عليه أن يتجر بمقدار كذا من ماله الى زمان كذا على أن يكون الربح بينهما، نظير شرط كونه وكيلاً في كذا في عقد لازم، و حينئذٍ لايجوز للمشروط عليه فسخها كمافي الوكالة[١].

تقدم. و بعد تعريف الغصب يكون مجال تعاقب الأيدي كمامر سابقاً.

وقد تقدم أن العامل لو لم يكن مستولياً على المال وكان الغاصب قد أستأجره للعمل بالمال ولو كان عالماً بأنه مغصوب، يستحق الأجرة من الغاصب لو استربح من المال، وان الغاصب يضمن الأصل والفصل، لأنه يؤخذ بأشق الأحوال والتبرع يحتاج الى دليل مفقود في المقام؛ وان الذي فصلناه لك في هذا الباب كان في معزل عن تفكير الأساتذة المعاصرين (كثر الله أمثالهم) فتدبر.

[١] تقدم التفصيل في شروط المقام على النحو الذي بيناه، لكن صدرت من بعض المعاصرين كلمات تكشف عن عدم مروره في أمثال المقام، فنعيده لئلا يشتبه الأمر عليك، فان الجواد قد يكبو كثيراً.

من شروط صحة الشرط أمور كالآتي:

الأول: كونه داخلاً في قدرة المكلف، فلا يصح اشتراط مالا يقدر على تسليمه.

والتحقيق أن الشرط لما كان من الأمور الانشائية فصحته تقتضي أن يكون الايقاع عنه عالماً به حتى يتحقق الانشاء، وأما اذا كان شاكاً في حصوله فلا يتحقق الانشاء في ضمن العقود، جائزة كانت أو لازمة.

ومن الواضح: أن حقيقة العقد لما كان الانشاء علة لحصوله فالشرط حيث كان انشائياً يكون انشاؤه علة تامة لحصوله في عالم التطبيق، لأنه العلة في عالم التطبيق لكونه ذهنياً، وأما عالم الانطباق فلايكون فيه صحة الانشاء دائرة مداره، فيمكن أن

....

ينشأ العقد ولكن لا ينطبق في الخارج، فان ذلك لايلازم صحة الانشاء وانما يكون في عالم التطبيق دائر مداره.

وحيث عرفت أن الانشاء في عالم الذهن والانطباق في عالم الخارج، فانه لايكون مربوطاً بمرحلة الانشاء، فاذا كانت صحة الانشاء فلابد وأن يكون ذهنياً، فيكون دائراً مدار العلم بذلك.

وعلى هذا فان المورد لصحة الشروط كونه معلوماً، فتارة ينشئ الشرط ولايعلم بحصوله، وتارة يكون من شروط التكليف، وأخرى يكون من شروط المكلف به.

أما شروط التكليف التي تكون من شروط صحة الشرط في الانشاء واليقين بحصوله. وهذا في العقود لابد وان تكون شروط الاحتياج وشروط المحتاج اليه، فشروط الاحتياج هي التي يريد الشارط تحققها، وهذه مما لابد وأن يكون عالماً بها، فان العلم بحصوله في عالم الانطباق يكفي لانشائه. وهذا غير عزيز في الشروط التي بنى القوم على عدم امكانها، مثل شرط الفعل وشرط النتيجة.

وأما الشروط المحتاج اليها فهي خارجة عن مرحلة الانشاء وتكون في مرحلة العامل، وذلك لايفرق فيه بين شرط الفعل وشرط النتيجة.

وأما أمثلة كل من الطرفين فأيضاً غير عزيزة:

أما الأول: وهو الشروط لأصل الاحتياج، فذلك مثل أن ينشئ المضاربة بشرط أن يكون العامل يزيده في الربح الحاصل من المال، بمعنى الاشتراط في المضاربة أن يكون للمالك خمسة أسداس من الربح وللعامل سدس واحد. وهذا مما لا اشكال فيه.

وأما الثاني: بأن يضاربه وينشئ المضاربة للعامل، اذا قام زيد أو اذا جاء زيد أو ان كانت البقرة حاملة، فان في مثل هذه الأمور من الشروط الدخيلة في قصد الانشاء لا المنشأ به، فتحتاج الى علم المنشأ بتحققه، ووجوده العلمي دخيل في الجد بانشائه لا الوجود الخارجي، فلوعلم بتحققه في الخارج كان ذلك كافياً في

....

الجد بـالانشاء و لايكون ذلـك من الأمور غـير المتـحققـة، فان جعل الانشـاء متقوماً بقيام زيد أو بمجـيئ زيد أو بكون الدابة حامـلة، فانها لما كـانت مقدمات اختياريه يكون الجد بانشائه حاصلاً، فالتعليق عليه يكون أمراً اختيارياً باختيارية مقدماته، و يكون الجد بانشائه حاصلاً ولو باختيارية مقدماته القريبة.

وأما اذا كان اختيارياً باختيارية مقدماته البعيدة، فان كان أمراً غير حاصل عند العرف كالطيـران الى السماء فان ذلـك و مثله عنـد العقلاء والعـرف لايرون تمشي الارادة والقصد الجدي الى انشائه، فلا تكون الارادة متمشية من المنشأ.

وأما الذي يـكون حاصـلاً ولـو بمقـدمات بعيـدة ولكن حـاصل للمـنشأ، فيـكون انشاؤه لامانع مـنـه. هذا في الامور الـدخـيلة في أصـل الاحـتياج، فالـعـاقد اذا أراد الانشـاء فلابـد و أن يكـون قصـد الانشاء مـتمشـياً منـه عنـد تعليقـه بالانشاء، والا فلايكون الانشاء عن جد.

ومن الواضح أن علـمه بحصول المـعلق على الـعقد كاف لذلك ، و هذا بخلاف مـالـم يـكن العلـم بـحصـولـه فلايكون الـجـد بـانشائه كاجـتـمـاع الضـدين واجتماع النقـيضين، فـان الـمنشأ لـمالم يـر حصـوله في عـالـم الانطباق فـي الذهن، فـلاجد بانشائه، فلايصح انشاؤه.

هـذا في شرائط الاحـتياج الـتي تكون دخـيلة فـي أصل الارادة الى الانشاء، و هذا المعنـى لايكون من قبـيل شرط الفعـل، فان هذه الشروط لمـا كانت دخيلة في انعـقاد القصـد الى الانشاء عن جد فـلايكون ذلك علـى العامل، بل الـعاقد لابد أن يعلم بتحصيـله حتىٰ يترتب الـجد بانشائه. وليس الشرط الا الـعلم بحصوله ذهنـاً ولو كان غير موجود في عالم التطبيق بل لاوجود له حين الانشاء.

وهذا فيما يتعـلق بالوجود التطبـبقي في شرائط الاحتيـاج، وأما شرائط المحتاج اليه فتـلك خارجة عـن عالم الـمنشأ -أي المـالك- وانما تكون في عـالـم العامل، فلابد من تحصيله حتى يكون مورداً لـقبول العقد الذي ألقى النسبة، فيـتحقق القبول

....

منه اذا كان مشروطاً بشيءٍ، من دون فرق بين شرط الفعل و شرط النتيجة، كما تقدم في شروط الاحتياج، فان ذلك يكون على ثلاثة انحاء أيضاً.

فتحصل أنه لايفرق بين شرط الفعل و شرط النتيجة، فان الانشاء لما كان ولابد أن يعلم بحصوله حتى يحقق الجد الى انشائه، فلابد وأن يكون مقدوراً للمنشأ ليتحقق الجد بانشائه، فتكون المقدورية على انحاء ثلاثة:

فان الأمر لايكون مقدوراً للمنشأ بوجه من الوجوه، كالطيران الى السماء ولو بمقدمات بعيدة عرفاً. و نتيجته عدم تمشي الجد الى انشائه علمياً، سواء كان شرط الفعل أو النتيجة أو اجتماع الضدين أو الجمع بين النقيضين، فان مثل هذه الشروط لا تجعل تحقق الجد بانشائه ولايكون مقدوراً حتى بالنسبة الىٰ المقدمات البعيدة عرفاً ولا عقلاً.

وأخرىٰ لابد وأن يكون الأمر تحت اختياره، ولكن كان أمراً ممكناً، فيمكن حصوله في المستقبل. و هذا القسم يتصور على انحاء ثلاث كالآتي.

الأول: بأن تكون مقدماته اختيارية، ولكن مع ذلك يقطع بعدم ترتب النتيجة على المقدمات الاختيارية، لأجل بعض الموانع الخارجية البعيدة. فهذا القسم بعد العلم بعدم الترتب العرفي فيه فقهراً يعلم بحصوله و يكون الجد بانشائه موجوداً.

الثاني: انه يقطع بترتب النتيجة على المقدمات القريبة أو البعيدة، و بذلك يحصل الجد بانشائه اذا حصلت المقدمات.

الثالث: انما يشك فيٖ ترتب النتيجة على المقدمات. و فيها تارة له أصل عقلائى كالاستصحاب، حيث أنه يوجب اليقين بترتب النتيجة،و عليه فيكون انشاؤه مترتباً عليه.

وأما اذا كان احتمال تغير الجو وكثرة الأمطار أو قلتها لكان محتملاً، ولم يكن أصل عقلائي ولا أصل شرعي يبنىٰ على عدم تحققه، وكان الشك موجوداً، أو شرط مثلاً وجود المطر أو كثرته و قلة مياه الأنهار و كثرتها أو غير ذلك وكانت

....

مقدماتها العادية بيده. والا احتمل عدم تهيئة المقدمات كما قلنا، و لم يكن هناك أصل عقلائي يحكم بوجوده. أو أن المشروط هو مجيئ زيد أو ذهابه الى السفر و غير ذلك، و شك في ترتب ذلك، و المفروض عدم أصل عقلائي يحكم بوجوده حتى يدفع هذا الاحتمال.

ففي مثل هذه الصورة -وان أمكن تمشي الارادة الجدية من المكلف في انشاء العلاقة اللزومية حيث يقصد بتحققه رجاء تحقق الفعل و ترتبه على تلك المقدمات- الا أن فساد الشرط لايكون من جهة عدم القدرة على الشرط ولو فرض عدم تحققه الى الأبد، بل انما هو من جهة الغرر، فهو الذي يفسد الشرط دون عدم القدرة، أذ لم يكن المدار في القدرة على الشيئ واقعاً، بل انما المدار هو القدرة عليه حين الالتزام به.

والشرط أيضاً ليس الا نفس الالتزام، والمفروض حصوله في ذلك الآن، فلا يبقى شيئ من هذه الجهة حتى يوجب فساد الشرط، والا لوكان المدار في القدرة على الشيئ واقعاً يلزم فساد الشرط حتى في صورة كون الشرط فعلاً اختيارياً للمكلف، حيث يتخيل القدرة عليه، كما في شرط الخياطة مثلاً، فانكشف عدم قدرته عليه بعد الالتزام. مع انه لايلتزم به أحد، حيث يحكمون حينئذٍ بأن للاخر الخيار بتخلف الشرط مع صدور الشرط من أول الأمر.

وعليه فبعد تحقق القصد من المكلف في مثل هذه الصورة -ولو برجاء ترتب النتيجة على المقدمات التي كانت تحت اختياره- لامحيص من الالتزام بفساد الشرط من جهة الغرر.

ومن الواضح: أن الغرر لايكون من ناحية الشرط، فلابد وأن يكون غررياً، حيث أن فساد الشرط من جهة العقد الواقع فيه، فان كان الغرر يوجب بطلان العقد فقهراً يكون الشرط الغرري موجباً لفساد العقد.

وأما اذا لم يكن الغرر في العقد موجباً لفساده فقهراً لايكون الغرر مضراً بالشرط

....

ولا العقد، والمفروض أن المضاربة عقد يكون الغرر من تمامه، حيث أن الربح يكون من قوامه، فيكون معناه أن صحة العقد معرضة للغرر كالصلح و غيره مما تكون الصحة فيه لا تتخلف عن الغرر كماهو واضح.

هذا من ناحية الشرط الذي يكون شرط الالتزام والحكم والتكليف، وقد عرفت أن العلم به يكون شرطاً على النحو الذي بيناه.

وأما شروط الاحتياج فقد بيناها تفصيلاً، فان بعد شرط العاقد العقد وضمن فيه شروطاً فيكون القابل له ملتزماً بالشروط.

وهذا لايفرق فيه بين شرط الفعل و شرط النتيجة، فان المالك اذا شرط في عقد المضاربة أن يكون العامل قابلاً له بعد علمه بامكان حصوله له، ولو كان تحصيله محتاجاً الى أمور اختيارية أو اتفاقية، فلابد وأن يعلم بحصوله حين الالتزام به.

أما الشروط الاختيارية فتارة تكون كشرط الفعل وأخرى كشرط النتيجة.

فالشرط الاتفاقي كشرط قيام زيد أو صحة زيد المريض، أو شرط رجوع زيد من السفر أو غير ذلك. فهذه الشروط وان لم تكن اختيارية الا أنها حيث كانت اختيارية بواسطة مقدماتها فيجب على المشروط عليه تهيئة مقدماته للتغلب على حصوله و يكون واجباً عليه، فان قيام زيد الذي يشترط في عقد المضاربة -و ان كان لايجب الوفاء به لكونه عقداً جائزاً- ولكن الالتزام بالشرط لكونه مما دل الدليل على وجوب الوفاء به فيكون واجباً للوفاء به مادام المشروط ملتزم به. وأما اذا فسخ العقد فيبطل الشرط، لكون الموضوع منتفياً فينتفي الشرط بانتفاء موضوعه.

والشرط لما كان عبارة عن الحق الواجب على المشروط عليه بالنسبة الى الشارط فقهراً يملك الشارط هذا الحق من المشروط عليه بالنسبة الى الشرط، ومادام لم يفسخ العقد يكون على المشروط عليه الالتزام بالشرط، فتارة نتكلم في الفعل وأخرى في النتائج.

أما اذا كان الشرط في الفعل، فان الشروط الفعلية ان كانت من قبيل اجتماع

....

الضدين أو الجمع بين النقيضين -بحيث لايكون نفس الفعل اختيارياً ولا بمقدماته- فلا اشكال في عدم انعقاده كما ذكرنا في شروط العاقد، لأن القبول الصادر من العامل معناه أن لايكون عن جد.

وأما الأفعال التي تكون اختيارية بواسطة مقدماتها الاختيارية، فيجب الوفاء بها، ويجب على العامل اختيار المقدمات ولو كانت بعيدة، للوجوب بوفاء الشرط، فانه يكون الفعل واجباً عليه و يملكه الشارط على المشروط بالنسبة الى ايجاده كائناً ما كان. ولذلك تراهم يحكمون بأن الأمير هو الفاتح للبلد، حيث أن الفعل بواسطة المقدمات تكون اختيارية، فيجب على المشروط عليه ايجاده للالتزام بالشرط.

وما قيل من أن الفعل لايملكه الشارط. فذلك ناشئ عن عدم التفات للمطلب.

ومما ذكرناه تظهر شروط النتائج، فان الشروط الداخلة في النتائج أيضاً تكون من هذا القبيل، فان المضاربة يعقدها بشرط أن يتجر في ماله بكذا، فان الشرط شرط الفعل أو الاجارة أو الطلاق، بمعنى انعقاد المضاربة بشرط طلاق الزوجة، فان الطلاق يحتاج الى ايقاع، والشروط التي لابد من اعتبارها توجب كون المشروط له ان كان يريد الشرط لابد له من أن يأتي أولاً بالشرط، فانه اذا قال «ضاربتك بشرط أن تتزوج بنتي» فان الشرط لا يوجب الازدواج، لأنه يحتاج الى عقد برأسه، الا أنه يوجب الوفاء بالشرط حقاً للشارط وله حق المطالبة به من المشروط عليه في اجراء هذا العقد مع شروطه. و هكذا في نظائرة.

ولكن للمشروط عليه أن يوجد الأسباب الموجبة له و يكون ذلك أمراً اختيارياً له، فالوفاء بالشرط يوجب استحقاق المشروط على المشروط عليه ايجاد هذه الأسباب. ولا فرق بين شرط الفعل أو شرط النتيجة في أنه يجب على المشروط عليه وجوب ايجادها ان التزم بالشرط، فيما اذا كان الشرط شرط الفعل أو شرط

....

النتيجة. وهذا سار في كل الشروط من دون فرق بين شرط الفعل و شرط النتيجة.

و بعد أن تبين مفاد الشرط، فان اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم معناه أن يكون العقد موجباً لكون الشارط له الحق على أن يضارب المشتري في ماله، و تكون هذه المضاربة لازمه، ولا تكون خلاف مقتضىٰ العقد، لأن الشرط يتبع العقد الواقع فيه من اللزوم والجواز.

وما قيل من أن ذلك خلاف مقتضىٰ العقد لم يكن له أدنىٰ ملابسة للشرط، لأن الشرط انما يكون طارئاً على العقد، و بعد طروه عليه لايوجب لزوم مايكون جائزاً، ولاجواز العقد بعد أن كان لازماً، لتخلل الرتبة كما بيّناه كراراً فيما تقدم مفصلاً.

و كذلك يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم، فيكون عقد المضاربة بمعنىٰ شرط الفعل المضاربي في ضمن عقد البيع مثلاً يكون الفعل لازماً للمشتري الى الأبد ان لم يعين له وقتاً وان كان موقوتاً فلوقته، و ذلك لأن عقد المضاربة جائز.

وأما شرط عمل المضارب في العقد فيتبع شرطه، فان كان الوفاء بالشرط لازماً - كما هو المفروض- يكون الوفاء بالعمل المضاربي في ضمن عقد البيع لازماً، ولاربط له بعقد المضاربة، وانما له الارتباط بالعمل التابع للعقد المشروط فيه العمل.

وهذا بخلاف اشتراط الفعل، فان شرط الفعل وانعقاد المضاربة يبقىٰ على جوازه ان كان الوفاء بالشرط لازماً، بمعنىٰ ايجاد عقد المضاربة مع شروطه ولواحقه و يكون جائزاً لتخلل الرتبة، و بعد انعقاده يجوز الفسخ للطرفين، اذ العقد يترتب عليه نتائجه. و عليك بالتأمل فيما ذكرناه فعلاً على نحو الاشارة وما تقدم في تضاعيف كلماتنا السابقة.

(الثامنة) يجوز ايقاع المضاربة بعنوان الجعالة، كأن يقول: اذا اتجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه. فيكون جعالة تفيد فائدة المضاربة. ولايلزم أن يكون جامعاً لشروط المضاربة، فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين أو ديناً أو مجهولاً جهالة لا توجب الغرر.

وكذا في المضاربة المشروطة في ضمن عقد بنحو شرط النتيجة، فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين[١].

---

[١] في المسألة عناوين لابد من توضيحها:

١ــ ماهي الجعالة وماهو ربطها بالمقام؟

٢ــ ماهي المضاربة و كيفيتها في المقام؟

فالجعالة انما يعتبر الجاعل مالاً في قبال الاتيان بشئ على نحو اللزوم. بينما المضارب انما يقبض المال من المالك في الربح المعدوم.

فان الجاعل يجعل الربح أو المال على أمر تعليقي يمكن حصوله أولايمكن حصوله، وكذلك المضارب في اعطاء المال.

فالجعالة لا تحتاج الى القبول، بل لابد وأن يكون العمل بداعي الايجاب، و لهذا يكون عقد المضاربة غير لازم فيه القبول، بل يكفي العمل بداعي الاسترباح، و تكون المضاربة عقداً محتاجاً الى القبول، كما أن الجعالة أيضاً عقد محتاج الى القبول.

اذا عرفت هذه المقدمة المختصرة، فان عقد المضاربة على ما ذكرناه سابقاً لو ألقي بلفظ آخر غير لفظ المضاربة و كانت القرينة مقتضية للمضاربة صحت المضاربة، فحينئذٍ لوألقى الجعالة بلفظها و أريد منها المضاربة كانت صحيحة كذلك. فلو قال: من أخذ مالي و تاجر فيه و أعطاني نصف الربح كان مالكاً لنصفه الآخر. صح، لأن المضاربة تتحقق بلفظ الجعالة، ولكنه لابد وأن يكون جامعاً لجميع شرائط المضاربة، سوى اللفظ حيث يكون بلفظ الجعالة كما قاله بعض المعاصرين.

....

وأما اذا أريد من الجعالة نفس الجعالة ولم يكن يريد المضاربة بل عقد الجعالة رأساً ولكن فائدتها فائدة المضاربة، كما ربما يظهر من كلام الماتن و بعض الأساتذة.

فان الجعالة لما كانت من الأمور العقلائية فانه ان قال: من عمل في مالي فله نصفه، مثل من رد عبدي فله ثلثه. فقد حكم الأصحاب بصحة ذلك اذا لم يدعو الى السفه. فكذلك لوقال: من تاجر بمالي فله نصفه. فانه يصح بعد كون المضاربة والجعالة لا يخلوان من الغرر، فانه يحصل بعد الا تيان به بحيث لايكون غرراً يبقى الى الأبد.

و يمكن الاستظهار من كلمات الأصحاب و من الروايات الواردة في باب الجعالة، فان المستفاد من الروايات الواردة في باب الجعالة انما تحكم بجريان الجعالة في كل الشؤون التي يريدها الجاعل، ولا يضر به الجهل الذي يؤدي بالتالي الى العلم، و منها المضاربة.

وأما الفرق بينه و بين الضمان بالأمر فذلك واضح، فالروايات دلت على جريان الجعالة في كافة الاشتراكات.

و يدل عليه قيام السيرة بمقدمات عدم الرد، و عليه فيكفي ذلك من العقلاء.

و يدل على عمومه قوله عن الرجل يعالج الدواء للناس فيأخذ عليه جعلا، فقال: لابأس به[1].

و في ثالث عن رجل يشتري لنا الأرض والغلام والدار والجارية فيجعل له جعلاً. فقال: لا بأس به[2].

هذا كله مع قيام السيرة العقلائية، و يكفي في اثبات مشروعيته مقدمات عدم الردع.

(١) وسائل الشيعه ج ١٢ ص ٢٠٦ و ٢٠٧ باب: ٨٥ ح ١

(٢) وسائل الشيعه ج ١٢ ص ٢٠٧ ح ٣

....

و بعد ذلك لابأس بالتمسك «بتجارة عن تراض»، والا فلا مجال للتشبث بمثل هذه العمومات الواردة في أبواب المعاملات، نظراً الى انصرافها الى التجارات والمعاملات العقلائية. وبهذه الملاحظة ربما تقل الفائدة في هذه العمومات لا ثبات أصل التشريع.

نعم ربما يثمر عند الشك لقيد فيها بعد فرض مشروعيتها و عدم الانصراف فيها الى أزيد مما كان بنوعه عقلائياً، والا فيشكل التمسك بها لدفع القيود المحتملة أيضاً بعد احتمال بنائهم على اعتبارها.

ثم ان حقيقة الجعالة ليست الا جعل العوض على فرض وجود العمل في عهدته أو في عين خارجي.

و بذلك تمتاز عن باب التضمين بالأمر، اذ مرجعه في باب التضمين بالأمر الى جعل عهد بالنسبة الى نفسه، نظير سائر التضمينات الناشئة من قبل اليد والا تلاف، كما أن مثل هذا المعنىٰ لا يقتضي ملكية العمل لعامله ولا سلطنته عليه على وجه له اجباره كما في الضمان بالأمر، بل مرجع الجعل الى تقدير الوجود وكون أصل الجعل منوطاً بالوجود ولا انبعاث له على ايجاد العمل، فليس مفاد المعاملة تعهد على ايجاد العمل، فايجاد العمل حينئذٍ لايكون بداعي الوفاء بتعهده، كما أن تركه لايكون نقصاً له لذلك ، فلا تشهد هذه على جواز هذه المعاملة، اذ الجواز المصطلح في أبواب المعاملات عبارة عن جواز نقض عهده بالعمل على خلاف ما عهده. و مثل هذا المعنىٰ لايصدق على تارك العمل ولو بعد قبوله، اذ مرجع قبول الجعالة الى مطاوعة لايجاب الموجب، فبعد عدم اقتضاء الايجاب وجود العمل نظير عدم اقتضاء كل واجب مشروط حفظ شرطه، فكيف يقتضي قبوله ذلك .

و حينئذٍ فجعل ذلك من العهود الجائزة بمناط عدم لزوم العمل عليه خال عن الصحة، اذ من الممكن دعوىٰ كون مضمون المعاهدة هو الاستحقاق على تقدير اتيان العمل بداعي الجعل. و مثل هذا المعنى غير قابل للانفساخ ، لأنه مهما أتى

....

بالعمل المذكور يستحق الجعل، بناءً على أنه يأتي بهذا الداعي. ولقد عرفت بأنه ليس نقصاً لهذا الداعي وان لم يأت به، اذ قد عرفت أن العقد لايكون للانبعاث الى العمل والمعاهدة، وانما يكون ايجاب تعليقي على العمل المعلق عليه من دون انبعاث الى العمل المذكور.

والقبول عبارة عن قيام العامل بداعي الايجاب وأخذ الجعل من الجاعل، فيكون القبول أيضاً تعليقياً في اتمام الايجاب، و اهتمام العامل لا تمام ما علق عليه الايجاب.

و أجرة العامل أخذ ما علق عليه الايجاب ولايكون قصده مطاوعة الايجاب، فان الايجاب لما كان أمراً تعليقياً فليس العامل بصدد المطاوعة لهذا الايجاب التعليقي، لأن المطاوعة معناها أنه لايمكن أن يحصل العمل بهذا الايجاب الا فعلياً لهذه المعاهدة، لأنه لم يحصل له العمل الا فعلياً لهذه المعاهدة واستحقاقه بالعمل الكذائي لا الكشف عن عقديته.

كما أن في النص من اعتبار رضا العامل في استحقاقه أمكن ارجاعه الى لزوم كون المعلق عليه بداعي الجعل المذكور الذي لا ينفك عن الرضا به، فلا يشهد ذلك أيضاً على العقدية. مضافاً الى عدم اعتبار الموالاة بين رضاه و ايجاب الموجب، فأمكن جعله في زمرة الايقاعات التعليقية اللازمة، وتكون كالوصية.

و بعد ما عرفت من أن الجعالة تحتاج الى الايجاب تعليقياً وتكون محتاجة الى القبول، فان الاحتياج الى القبول معناه أن يكون الفعل بداعي الايجاب، فان الفعل بغير داعي الايجاب ولايكون ايجاب الموجب داعياً للفعل فلا يستحق شيئاً.

بل ربما تكون من مثل هذه الجهات شاهداً على كون المعلق عليه في الايجاب مطلق العمل وان اعتبار الرضا شرط خارجي. كيف و لازمه أنه لو رضي بالايجاب وأتى بالعمل مجاناً كان مستحقاً للمسمىٰ. وهو كما ترىٰ يُلتزم به، مع أن غرض الموجب من جعل الجعل على العمل احداث الداعي على ايجاده.

....

و حينئذٍ هذا اذا كان الجعل كالأمر به تعرض دعوته على العمل، ومن المعلوم أن في أمثال هذه المقامات يقتضي ضيق الأمر بالحصة الملازمة بنحو لايكون مشروطاً ولا مطلقاً، بل الايجاب انما طرأ على الحصة الملازمة للدعوة بنحو لايكون مشروطاً ولا مقيداً، بل المجعول هو الحصة الملازمة للدعوة.

ومن هذه الجهة يستحيل كون المعلق عليه يتحقق بلا داعي، لا أن هذه الجهة مأخوذة في المعلق عليه في كلام الموجب بنحو التقييد، كي يرد عليه بتجريد الكلام الموجب عن القيد المذكور.

وأضعف من ذلك ماذكره صاحب الجواهر (قدس سره) مما أفيد و عدم الافتقار الى القبول لفظاً، اذ ظاهره كون عمل العامل قبول. ولقد عرفت فيما سبق بأن المقصود من العمل تنجيز ما جعل فارغاً عن تحققه، لا أن الغرض تحقق أصل الجعل الذي هو مضمون أصل الايجاب، والقبول في الحقيقة هو الأخير، وهو غير مقصود جزماً، والمقصود ليس مضمون القبول بتاتاً.

ولا يخفى أن الجعالة تصح على كل عمل الا ما كان محرماً، لأن الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه. والجعالة تصح في الأمر الواجب أيضاً، لأن في الواجبات النظامية يصح أخذ الأجرة كما عرفت، لأن مجرد وجوب الشيئ لا يضاد ماليته، كما هو الشأن في الصناعات الواجبة و وجودها الجامع بين كونها عن عوض أو مجاناً، كما أن مجرد الحلية أيضاً لا يقتضي جواز أخذ الجعل عليه، بل يجوز فيما اذا لم يلق الشارع جهة لماليته كالاذن وأمثاله.

نعم مع بقاء المالية لاقصور في شمول الجعالة لمثله للسيرة الكاشفة عن بنائهم، مضافاً الى امكان الأخذ بالاطلاق من النصوص السابقة الواردة في موارد متعددة بظهورها في القاء الخصوصية عنها، بل لابد وأن يرد الايجاب على كل عمل مقصود للعقلاء.

وعلى هذا فاذا كانت الجعالة للروايات الواردة فيها فتشمل كل أمر، فتكون

(التاسعة) يجوز للأب والجد الا تجار بمال المولّى عليه بنحو المضاربة بايقاع عقدها، بل مع عدمه أيضاً، بأن يكون بمجرد الاذن منهما. وكذا يجوز لهما المضاربة بماله مع الغير على أن يكون الربح مشتركاً بينه و بين العامل، وكذا يجوز ذلك للوصيّ في مال الصغير مع ملاحظة الغبطة والمصلحة والأمن من هلاك المال[١].

لازمة يستحق بها العامل الأجرة، سواء كانت أجرة المسمىٰ أو المثل وكان أمر الجعالة ماضياً فيه.

ولكنه يكون لازماً للجعالة التي تكون المضاربة واقعة فيها حتى يتم أمر الجعالة، و يكون هذا خارجاً عن باب المضاربة، بل تجري فيه أحكام الجعالة؛ ولا يكون خلاف الكتاب والسنة، لأنه عقد برأسه.

ولا تجري فيه أحكام المضاربة على ما أفاده بعض المعاصرين من أنه خلاف وضع عقد المضاربة. لعدم وجود مساس له بباب المضاربة، بل تجري فيه تمام أحكام الجعالة كما ذكرناه مراراً. و يكون عقداً لازماً تجري فيه أحكامه، و يكون قبوله العمل على طبق الايجاب، و يكون له أجرة المثل كما ذكرنا.

و ما ذكره الماتن في هذه المسألة انما يريد أن يقول بأن الجعالة يمكن فيها المضاربة، لا أنه يشترط فيها الجعالة كمالا يخفىٰ.

[١] لا اشكال أن تصرفات الأب والجد انما تكون غير محتاجة الى الاذن في مال المولى عليه، لأنه ماله يتصرف فيه من دون أن يكون موجباً لضرر المولى على الطفل الصغير والمجنون اذا كان مستولياً عليه من صغره، فلايكون التصرف محتاجاً الى القبول، لأنه ماله، فان العاقد هو الولي والعامل هو الولي أيضاً.

وعلى هذا فان كان هو الموجب وكان هو العامل، فالقبول للعاملية هو من يكون قابلاً اذا كان هوالموجب. فتفصيل الماتن بذلك و استشكال المعاصرين و حتى من قبل بعض الأساتذة يكون من قلة التدبر.

فان الجواب عنه يكون: بأن عقد المضاربة في المقام يكون معاطاتياً، فهو

(العاشرة) يجوز للأب والجد الايصاء بالمضاربة بمال المولىّ عليه. بايقاع الوصي عقدها لنفسه أو لغيره مع تعيين الحصة من الربح أو ايكاله اليه. وكذا يجوز لهما الايصاء بالمضاربة في حصة القصير من تركتهما بأحد الوجهين، كما أنه يجوز ذلك لكل منهما بالنسبة الى

الموجب و عمله القيام بالعمل المضاربي قبول لذلك، ولا اشكال فيه.

وأما اذا كان المضارب مأذوناً من قبل الأب والجد فيفرق الموضوع عن قيامهما بذلك، فان الأب والجد اذا ضاربا بمال المولى عليه يكون عدم المفسدة كافياً في ذلك ولا نحتاج الى اشتراط المصلحة.

وعلى هذا فلو ضاربا بمال الطفل و نظائره، فعدم الضرر يكفي في نفوذ المضاربة. وأما اذا ضاربا مع عامل آخر- بحيث أن الموجب هو الأب أو الجد - فلا اشكال في أنه يكون من ناحية المضارب ذا نفع في هذه التصرفات، وأما العامل الذي هو غير الأب والجد فتصرفاته لابد وأن يكون ذا نفع لمال الطفل الصغير أو المجنون. و كذلك الوصي على الذي سنبينه في المسألة الآتية، لأن المضاربة وان قلنا بأنها توكيل أو مصالحة أو غير ذلك من القواعد التي تستخرج من باب عقد المضاربة، الا أن جميع هذه الأمور خارجة عن تصرفات الأب والجد.

وعلى هذا فلابد وأن يكون العامل يتصرف مع الغبطة في هذا المال.

وهناك جهة أخرىٰ لابد من الاشارة اليها، وهي: ان العامل الذي يكون عملاً للاسترباح في أموال الطفل لابد وأن يكون عقله الاسترباحي مجتمعاً فيه الجهات الجالبة للنفع، فيمكن له النفقة من مال المالك الصغير في أثناء السفر الذي يكون سفره للاسترباح، و هكذا النفقات الأخرىٰ المحتاجة للعمل المستربح، و كذلك كل النفقات المستلزمة لذلك.

وأما الضرر المستلزم لجر النفع للمالك فلا يكون العامل مجازاً فيه ولابد من تنحيه عنه. فلاحظ ترىٰ ما قلناه حقيقياً بالقبول، و كلمات المتأخرين ممن عاصرناهم تكون صادرة عن سهوهم لأن الجواد قد يكبو.

الثلث المعزول لنفسه، بأن يتجر الوصي به أو يدفعه الى غيره مضاربة و يصرف حصة الميت في المصارف المعينة للثلث، بل وكذا يجوز الايصاء منهما بالنسبة الى حصة الكبار أيضاً، ولايضر كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل مالهم الى مدة، لأنه منجبر بكون الاختيار لهم في فسخ المضاربة و اجازتها، كما أن الحال كذلك بالنسبة الى مابعد البلوغ في القصير[١]، فان له أن يفسخ أو يجيز.

وكذا يجوز لهما إلايصاء بالاتجار بمال القصير على نحو المضاربة، بأن يكون هوالموصي به، لاايقاع عقد المضاربة، لكن الى زمان البلوغ أو أقل. وأما اذا جعل المدة أزيد فيحتاج الى الاجازة بالنسبة الى الزائد.

---

[١] هاهنا مسائل:

الأولى: يجوز للأب والجد الايصاء بالمضاربة بمال المولّى عليه، بايقاع الوصي عقدها لنفسه أو لغيره مع تعيين الحصة من الربح أو ايكاله اليه.

فقد قال المحقق (قدس سره): لو أوصىٰ الى انسان بالمضاربة في تركته أو بعضها على أن الربح بينه و بين الورثة، صح للصغار، وحكي عن بعض اشتراط كونه بقدر الثلث أو أقل.

أقول: لايخفىٰ ان ظاهر العبارة يقتضي كون النزاع في صحة المضاربة في تمام المال أو بمقدار الثلث، أعم من أن يكون لولده الصغار أم لا.

ولعل نظر من قال بالصحة -مضافاً الى الأخبار الخاصة- الى عمومات صحة الوصية بعد عدم صلاحية المقيدات بقدر الثلث، لتقييدها من جهة انصرافها الى الوصايا الموجبة لأتلاف المال.

وأما مثل المضاربة فليس من هذا القبيل، حيث أن مال هذه الوصية ليس الى الوصية باتلاف المال، اذ من المعلوم أن الوارث ليس مالكاً للربح فعلاً وانما يأتي

ودعوىٰ عدم صحة هذا النحو من الايصاء، لأن الصغير لا مال له حينه وانما ينتقل اليه بعد الموت، ولا دليل على صحة الوصية العقدية في غير التمليك، فلايصح أن يكون ايجاب المضاربة على نحو ايجاب التمليك بعد الموت. مدفوعة بالمنع، مع أنه الظاهر من خبر خالدبن بكر الطويل في قضية ابن ابي ليلىٰ و موثق محمدبن مسلم المذكورين في باب الوصية.

من قبل عمل العامل بالتصرف فيه بالتنصيف بين العامل والوارث ليس تصرفاً في ماله. وليس المقام من قبيل التصرف في النماء غير الموجود فعلاً، حيث أن قضية التبعية تقتضي ملكية النماء حال حدوثه أي وقت كان بالتصرف فيه، فينقل مثله الى غيره ولو قبل وجوده بتصرف في مال الوارث. و هذابخلاف الربح، اذ ليس مثل هذا التصرف تصرفاً في ماله بداعي لايكون الربح ماله الا على فرض صحة معاملة العامل، و مع صحته من جهة المضاربة الصحيحة بلا مال بالنسبة الى الحصة من الربح.

و بالجملة نقول: أن اتلاف الربح عل فرض صحته على نحو المضاربة، اذ معه لايكون اتلاف ماله بماهو ماله.

ولكن الذي يقتضيه التحقيق أن يقال: ان الكلام تارة في المضاربة على وارثه الكبير، وأخرىٰ على وارثه الصغير. وعلى التقديرين فالكلام تارة مسوق بمقتضىٰ القاعدة، وأخرىٰ بمقتضىٰ الأخبار الخاصة.

أما الكلام في المقام الأول: وهو ما اذا كان الوارث كبيراً، فنقول: يمكن أن يقال بأن مقتضىٰ القاعدة عدم نفوذ الوصية بمقدار التملك، و ذلك من جهة كونه من باب الوصية بالاتلاف. كي يرد ما ذكرنا، ولا من جهة كون ذلك من باب الوصاية بالولاية في أموال الكبار. كي يرد عليه بأنه ليس له حال حياته مثل هذا التصرف كي يلزم صحة وصيته التي هي طبيعة سلطنته عليه حال حياته، بملاحظة ما ذكرناه غير مرة من عدم مشروعية الوصية، بل لايكون الموصي سلطاناً على

وأما بالنسبة الى الكبار من الورثة فلايجوز بهذا النحو، لوجوب العمل بالوصية وهو الاتجار، فيكون ضرراً عليهم من حيث تعطيل حقهم من الارث وان كان لهم حصتهم من الربح، خصوصاً اذا جعل حصتهم أقل من المتعارف.

الوصية بشئ الا ماكان سنخ هذا التصرف حال حياته، اذ من المعلوم كونه ملكاً للكبير فرع عدم هذه الوصية، لأن رتبة الارث متأخرة بمقتضىٰ قوله تعالىٰ «من بعد وصية يوصي بها أودين»[1] فالوصية به توجب انتقال المال متعلقاً للمضاربة الى الورثة، كمالو فرض مضاربته على نحو التنجيز في حال حياته. ففي الحقيقة مرجع هذه الوصية ليس الا الى الوصية بالتصرف في الأموال التي صُلبها الى الوارث.

ومن المعلوم أن سنخ هذه التصرفات ثابتة للموصي حال حياته، فكذلك بعد موته.

بل العمدة في عدم نفوذه في التمام انما هو من جهة العمومات المقتضية لعدم سلطنته بصرف الموصي في ماله بأزيد من الثلث، و مع انصراف التصرفات المتلفة.

وما توهمه بعضهم في مثل هذه الانصرافات لاوجه له كمالا يخفىٰ.

وأما الاخبار الخاصة فالظاهر عدم شمولها للمقام، بل الظاهر من قوله في الموثقة «أوصى لولده» كونهم صغاراً، اذ مع وجود الكبير فيهم لامعنىٰ للوصية بالولد.

وأما الرواية الأخرى -وهي خبر خالدبن بكر- فهي صريحة في الولد الصغير، فمع ذلك كيف يمكن التشبث بها لاثبات صحة الوصية بالنسبة الى تمام المال في محل كلامنا، و ذلك واضح.

وأما الثاني: وهو صورة كون الوارث صغيراً فنقول: ان التوصل تارة يكون لمن له الولاية عليهم و أخرىٰ لايكون لوليهم. فعلى الأول يمكن أن يقال: ان مقتضىٰ

---

(١) من آية ١١ سورة النساء.

....

القاعدة نفوذ وصيته بالنسبة الى التمام، وأما بالنسبة الى الثلث و مقداره فواضح، و بالنسبة الى الزائد فلأن غلبة الأمر يرجع ماله الى الوصية بالولاية في أموالهم بنحو كان له الانصراف حال حياته من باب الولاية، فليس مثله وصية بتصرف جديد لايكون سنخه له حال حياته كي يستلزم مثله مشروعية.

و بعبارة أخرىٰ نقول: ان هذه الوصية من حيث كونها تصرفاً في ماله وان لم يكن صحيحاً للأدلة الدالة له على عدم نفوذها بالنسبة الى المقدار الزائد من الثلث، ولكن من حيث كونه تصرفاً في المال المولى عليه يجعل الولي له لامانع من صحته، كما تقدم في أصل صحة الوصية من الأب والجد بالولاية، و بواسطة ذلك نقول: انه لامانع من صحته حتى اذا فرض عدم صلاح للطفل مالم يستلزم منها الفساد في ماله لتوسعة ولاية الأب والجد في أموال صغارهم بالنسبة الىٰ هذا المقدار.

نعم لولم يصرح بالتصرف مع عدم الصلاح بل لايكون متعلق الوصية الانصراف ولايته. أمكن دعوى اختصاص تصرفه بصورة الصلاح كسائر الأولياء على الصغار، ولو من جهة عموم «ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن» .

وأما لو صرح بذلك بعد ماكان له هذا التصرف حال حياته، فيوصيه يوصل تصرفه حال موته. والى ما ذكرنا أشار صاحب الجواهر وأنه يفرق بين ما اذا لم يوص بذلك بل اقتصر على جعل وصي عليهم، فانه يجوز له المضاربة بمالهم لنفسه أو لغيره لكن مع المصلحة- الى آخر كلامه في ذيل هذه المسألة.

ثم ان ذلك كله بمقتضىٰ القاعدة، وأما مقتضىٰ الأخبار الخاصة فالأمر واضح، لكونها واردة في هذا المورد و دالة على صحة الوصية بالتمام، و ضعف أسانيدها على الفرض مجبور بعمل جم غفير بمثلها، مضافاً الى اقتضاء القاعدة ذلك كما عرفت.

---

(١) من آية ١٥٢ سورة الانعام.

(الحادية عشر) اذا تلف المال في يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير فالظاهر عدم ضمانه، وكذا اذا تلف بعد انفساخها بوجه آخر[١].

و أما على الثاني فالظاهر عدم صحة الوصية بأزيد من مقدار الثلث على القاعدة، لعدم المقتضي لصحة مثل هذه الوصية، لامن حيث كونه تصرفاً مالياً في ماله، ولامن حيث كونه تصرفاً في مال المولى عليه يجعله الولي في أموالهم، لأن المفروض عدم مثل هذا التصرف له في حال حياته فضلاً عن بعد موته. والاخبار الخاصة أيضاً لا تقتضي صحته، حيث أنه حكم على خلاف القاعدة، فيحتاج الى الدليل المتقن. و مورد الروايات الخاصة انما هو وصية الأب والجد لولده، فلا يسري منه الى وصية غيره لوارثه الصغير كمالا يخفى.

ومن ذلك تعلم بأن كلام الماتن بتمامه يكون مورداً للاشكال، ولايمكن التمسك بكون الضرر مجبور بالخيار، لأن الكلام في امكان الوصية للكبار لا أنه بعد انجباره يبعد امكانه، فلا يصل الى الانجبار حتى يتمسك بقاعدة الانجبار كماهو واضح.

[١] اذا تلف المال في يد العامل بعد موت المالك، فان المضاربة تارة تنفسخ بموت المالك وتارة لا تنفسخ بموت المالك.

فاذا قلنا بأنها تنفسخ بموت المالك فالمضاربة منفسخة، وتارة يكون المال ناضاً وكانت القسمة بينهما واقعة فلا اشكال في أن العامل أجنبي عن المال و تكون يده أمانية مالكية. ولا اشكال في سماع كلام العامل بمجرد التلف مع ضم اليمين ولو كان طرفه الورثة، فاذا ادعوا التعدي والتفريط يكون اليمين من العامل فاصلاً بينهما.

وأما على ما قلناه -وهو الحق من أنها تنفسخ المضاربة بموت المالك- فيكون العامل أميناً، وكل الجهات الراجعة الى الملك والربح فهو مشترك فيها مع المالك، و يكون قوله مسموعاً في الضرر والنفع والتلف والاسترباح، الا اذا فسخ

(الثانية عشر) اذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضاربا واحداً ثم فسخ أحد الشريكين، هل تبقى بالنسبة الى حصة الآخر أو تنفسخ من الأصل؟ وجهان، أقربهما الانفساخ. نعم لوكان مال كل منهما متميزاً وكان العقد واحداً لايبعد بقاء العقد بالنسبة الى الآخر[١].

(الثالثة عشر) اذا أخذ العامل مال المضاربة و ترك التجارة به الى سنة مثلاً، فان تلف ضمن ولا يستحق المالك عليه غير أصل المال وان كان آثماً في تعطيل مال الغير[٢].

العامل عقد المضاربة بعد الانضاض والقسمة، فيكون أجنبياً عن المال. ولا يتحقق في كلا الحالتين الا بعد الانضاض والقسمة والتقسيم الذي يقوم الوارث فيه مقام المالك، فيكون قول العامل بعد كونه أجنبياً عن المال، ولايكون أميناً الا اذا كان مالكياً. وما قاله بعض الأساتذه المعاصرين، في المقام لايخلو عن تشويش.

[١] لا اشكال أن المضاربة انما تستقيم اذا كان المال نقداً بين كل واحد من الشريكين والعامل، ولا اشكال أن المالك بعد أن كانت أمواله نقداً و قال بأن العامل له نصف الربح فكان المال بنصفه راجعاً الى الشريك الآخر بتاتاً، لابين المال ولا بين العامل لكون الاسترباح بالنصف ولايكون الفسخ مضراً بالعقد.

وعلى هذا يكون المال مشاعاً، ولايمكن انعقاد المضاربة من دون تعيين المال والربح الحاصل منه للمالكين والعامل المضارب، فالعقد لما كان سنخياً يستحيل بطلانه. ولا نحتاج الى التبعيض في الفسخ كما قاله البعض من الأساتذة، لأنه لايصح العقد الا بذلك.

وما أثبت الماتن من الفرق بين المعين وغير المعين. أظنه عن غفلته في تصحيح المضاربة، فراجع المسألة السابعة والأربعين تجد مستقصى الكلام في ذلك.

[٢] العنوان المعقود عليه عقد المضاربة، معناه أن المالك بعد العقد منه يكون

....

هذا الانشاء له مقدمتين: الأولى تسليم المال الى العامل، فالمالك سبل سلطنته عن المال الى العامل، فكان في صدد الامتثال للحكم الوارد من قبل الحكم، وللعامل أيضاً مقدمة وصفية، وهي ابراز عمله في تحصيل الربح بهذا المال، وهذه هي المقدمة الثانية.

فالعامل أمين في الاسترباح من المال، والتعطيل المفروض اذا كان من شأن الاسترباح بالمال و يقتضي تعطيله سنة -ولو استلزم بذلك الا تلاف- فلا اشكال فيه، حيث أن العامل كان أميناً و رأىٰ اقتضاء تعطيله الى سنة، فعلىٰ هذا التعطيل لا يضمن المال أصلاً.

وأما اذا كان التعطيل لا لحماية الاسترباح بل كان خيانة بالمال، فقهراً يكون متعدياً ولا تكون اليد الموجودة منه أمينة. وهل يسمن ذلك، فان التعطيل باطلاقه لايوجب أن يكون مقدمة للتلف، وانما يجعل المال موجوداً عنده لولم يكن بالأمانة المضاربية للتشكيك في المضارب.

وعلى هذا فلايمكن أن يكون ضامناً، مع أن التلف انما يصدق على ذلك اذا كان من المقدمات الموصلة الى التلف. و المقام لايكون عدم الا تجار به و جعله نقداً من المقدمات الموصلة للا تلاف حتى يكون العامل ضامناً له، و خروجه عن كون اليد أمانية مضاربية لايجعل اليد غير أمانية، والحال انه غير متصرف بالمال في وجه المضاربة حتى يكون المالك غير راض بتصرفاته و ينهي عنها. و عقد القرض لا وجود له في المقام حتى يكون ضامناً للأصل دون الربح، فقهراً لا تكون اليد خيانية بل أمانية مالكية.

واستصحاب صحة العقد المضاربي ربما يجعل اليد باقية على الأمانة المضاربية، كما أن التعطيل الى سنة لايكون مقدمة مفوتة للا تلاف ولا موصلة لعدم كونها أمانية مضاربية، فما دام لم يصرح بعدم المضاربة و تكون المقدمية لعدم المضاربة لابد وأن تكون المقدمة الموصلة كذلك المقدمية للا تلاف هي المقدمية

(الرابعة عشر) اذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً، فكل ربح حصل يكون بينهما. وان حصل خسران بعده أو قبله أو اشترط أن لايكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق أو بالعكس، فالظاهر الصحة. و ربما يستشكل بأنه خلاف وضع المضاربة، وهو كماترىٰ[١].

الموصلة. والكل مفقود في المقام الا المطلق للمقدمية، كرأي الماتن ومن حذا حذوه.

[١] لا اشكال أن المضاربة متحققة في المقام، ولكن اشتراط الربح يشترك بين العامل والمالك والخسران يكون على عاتق العامل أو المالك، فهل يكون بذلك خارجاً عن مفاد عقد المضاربة أو أن الخسران يتحمله المالك. وهل يجعل المضاربة منقلبة الى غير بابها و يجعلنا نتمسك بالأدلة العامة غير الواردة في باب المضاربة، فما عدى مما بدا.

فان الكلام لايكون في المقام، بل يكون الكلام في أن الظهورات على أي مقياس في مباحث الألفاظ، فان المالك فوض النسبة بينه و بين العامل في المضاربة بالمال الموجود النقدي، و هذا التفويض يكون في الرتبة المتقدمة عن الاشتراط، ولكن يلحقه بالقيد أن يكون الربح للمالك والعامل مشتركين على نحو الاشاعة.

وهذا مما لا اشكال فيه، و تقيديده تقيداً، و هو كون الضرر لايكون العامل شريكاً له في الخسران، فان التقييد لما كان في الرتبة المتأخرة فان القيد كان توصيفياً بعد انعقاد المضاربة، فيكون في الرتبة المتأخرة. ولا دخل له في الانشاء، فيجب وضعاً على العامل والمالك الالتزام بهذا الشرط.

وعلى هذا فما هو له دخل في الحكم الأولي؟

وأما اشتراط كون الربح لأحدهما أو الخسران على أحدهما، فذلك مستفاد من الشرط دون أصل الحكم حتى يقال بخروجه عن باب المضاربة أو أنه خلاف

(الخامسة عشر) لوخالف العامل المالك فيما عينه جهلاً أو نسياناً أو اشتباهاً، كما لوقال: لا تشتر الجنس الفلاني أومن الشخص الفلاني مثلاً، فاشتراه جهلاً فالشراء فضولي موقوف على اجازة المالك. وكذا لو عمل بما ينصرف اطلاقه الى غيره، فانه بمنزلة النهي عنه.

ولعل منه ماذكرنا سابقاً من شراء من ينعتق على المالك مع جهله بكونه كذلك، وكذا الحال اذا كان مخطئاً في طريقة التجارة، بأن اشترى ما لامصلحة في شرائه عند أرباب المعاملة في ذلك الوقت بحيث لوعرض على التجار حكموا بخطائه[١].

مقتضىٰ العقد. كما نبهنا عليه كراراً في طيات المسألة السابقة.

وعلى هذا يكون الشرط دليلاً منفصلاً شرط في العقد الموجود و لاربط له بالمضاربة، و لهذا فان اشتراط الضمان و غيره لايكون خلاف مقتضىٰ عقد المضاربة والاجارة والوديعة والعارية و غيرها من العقود.

[١] قد عرفت فيما سبق أن مع نهي المالك بعدم الشراء من زيد أو الأمر بالبيع نقداً وخان العامل، فان الأمر بالشيء لما لم يكن مقتضياً للنهي عن ضده فقهراً يكون في الفرض المخالفة عن الأمر فيكون خائناً و يضمن رأس المال والربح، ولا تنفسخ المضاربة ويكون الربح بينهما والوضيعة عليهما.

وأما اذا نهىٰ المالك عن البيع نسيئة أو نهىٰ عن الشراء من الجنس الفلاني والى الشخص الفلاني و بقيت الجهات المذكورة في المتن، تكون المضاربة باطلة و تكون تصرفاته بأجمعها فضولية، فيكون العامل ضامناً لرأس المال والربح المستفاد من رأس المال، وليس له من المسمىٰ شيء بل تكون له أجرة المثل ان استربح بالمال، فان لم يستربح بالمال يكون ضامناً للكل للمالك. ومادعى الماتن الى هذه الجهات الا الغفلة عن القواعد التي بنى عليها (قدس سره).

وأما فيما خالفه الاطلاق فلابد من الرجوع الى ما ذكرناه في مخالفة الاطلاق.

(السادسة عشر) اذا تعدد العامل - كأن ضارب اثنين بمائة مثلاً بنصف الربح بينهما متساوياً أو متفاضلاً - فاما أن يميز حصة كل منهما من رأس المال، كأن يقول على أن يكون لكل منه نصفه واما لايميز: فعلى الأول الظاهر عدم اشتراكهما في الربح والخسران والجبر الامع الشرط، لأنه بمنزلة تعدد العقد. وعلى الثاني يشتركان فيها وان اقتسما بينهما فأخذ كل منهما مقداراً منه، الا أن يشترطا عدم الاشتراك فيها، فلو عمل أحدهما و ربح و عمل الآخر ولم يربح أوخسر يشتركان في ذلك الربح و يجبر به خسران الآخر، بل لو عمل أحدهما و ربح ولم يشرع الآخر بعد في العمل فانفسخت المضاربة يكون الآخر شريكاً وان لم يصدر منه عمل، لأنه مقتضى الاشتراك في المعاملة.

ولايعد هذا من شركة الأعمال كماقد يقال، فهو نظير ماذا آجرا أنفسهما لعمل بالشركة، فهو داخل في عنوان المضاربة لا الشركة، كما أن النظير داخل في عنوان الاجارة[١].

فتدبر جيداً و راجع أيضاً موضوع شراء من ينعتق عليه اذا لم يكن العبد قادراً على ضمانه للانفاق ما جعل ثمناً له، فان العبد لو قدر على الانفاق لا تبطل المضاربة ولا يضمن العامل ما صرفه لشرائه. وقد بيناه في مورده مفصلاً فلانعيد.

[١] فرض المسألة مالو كان العامل متعدداً والمالك واحداً، فالمال المسلّم الى العامل نقداً حين المضاربة و بعقد واحد وزع الربح عليهم، واذا كانا اثنين جعل الربح النصف، وكان خطاب الانشاء متوجهاً اليهما من دون تمييز في المال، فان المضاربة واحدة والمشتغل بالتجارة اثنان، فالعقد متوجه للاثنين. و دليل المضاربة انما يحكم بكون الربح لهما والخسارة عليهما. والمفروض مثلاً اذا فسخ أحد العمال كان الخطاب متوجهاً الى الآخر غير الفاسخ وكان رأس المال متميزاً بعقد واحد أو غير متميز، لأن التميز بعد أن كان العقد واحداً أو كان العقد على

....

الطبيعة الا أن المال يكون مشتركاً بين العاملين. ولو كان المال متميزاً فان وحدة العقد توجب وحدة الربح و وحدة العمل، لأن الانشاء متوجه اليهما والربح متوجه اليهما والخسران كذلك.

وان فسخ أحدهما فهناك يأتي التبعيض في الفسخ، فيكون الربح متوجهاً الى الباقي والخسارة متوجهة كذلك، لأن المال كما هو المفروض لم يتميز، والنصف لما كان متوجهاً اليهما فيكون الربح باقياً في المضاربة والخسارة باقية كذلك. ولا اشكال في ذلك هذه صورة.

و هناك صورة أخرىٰ: فيما لوجعل المال بين عاملين وقال ان العامل الأول يشترط أن يتصرف في المال بالتجارة وله الربح بنصفه يرجع اليه والخسارة ترجع الى المال مشركاً بين المالك والعامل، وحيث أن المال منحاز أمكن للعامل الثاني أن يعمل وان كان العقد واحداً، فيرجع العقد الواحد الى معاملتين، و بعد كونهما معاملتين لاربط لأحدهما بالأخرىٰ.

و على هذا يكون العقد الواحد بطبيعته راجعاً الى العقدين، و بعد رجوعهما الى العقدين فالمعاملة بين المالك والعامل ترجع الى عاملين لكل منهما الجبر والخسران. ولكن لا تشبه الاجارة أصلاً، لما سبق في تعريف المضاربة ان هناك فرقاً بين الاجارة والمضاربة، فان في الاجارة يكون الأجير مستحقاً للأجرة سواء عمل أو لم يعمل، ولكن في المضاربة انما يكون مستحقاً للربح اذا عامل في المال.

والاشتباه الذي وقع فيه صاحب الجواهر جعل أخذه كل من راجعه، فالعامل لايستحق الربح اذا لم يعمل، و هذا بخلاف الاجير حيث أنه اذا سلم للمؤجر نفسه و ان لم يعمل يكون مستحقاً للأجرة. و عليه فتمثيل بعض الأساتذة كان عن غير تدبر.

و هناك صورة أخرىٰ فيما اذا كان العاملان متعددين وكان رأس المال متعدداً

....

أيضاً وكانت بعقد واحد: فتارة يكون العقد على أن الربح لكل منهما خارجاً عن ربح الآخر، و تارة يكون الربح بينهما واحداً حين العقد، بأن ضارب العاملان برأس مال لكل منهما يخصه ولكن جعل نصف الربح على كل منهما. و على هذا يكون العاملان مختصين في الربح المستورد من المال وعلى كل منهما الخسارة الواردة على المال.

و نتيجة ذلك كونهما عقدين ممتازين من الربح والخسارة الواردة على المال.

و هناك صورة رابعة بعد كونهما عاملين وكان العقد واحداً بينهما و جرى العقد من المالك بعقد واحد وكانت الحصة المختصة بالعاملين مالاً واحداً، ولكن يشترط المالك أن يكون الربح الحاصل من العاملين مشتركاً بينهما، فان كان الشرط من المالك في المضاربة المذكورة راجعاً الى أن العامل المشتغل بالمال والغير المشتغل بالمال أصلاً أو كان نفعه أقل يساوي نفعه الاكثر، فان هذا الشرط يرجع الى شركة الغير في المضاربة، فلا اشكال فيه.

هذا وان الشرط يرجع لكون المال بينهما الى توكيل مايكون بيده المال الخاص من أحد المالين الى ملك قسمة من الربح، ولكن تارة يكون في الضرر أيضاً شريكاً، و تارة تكون الوكالة في الاستفادة من الربح فقط باشتراط المالك، فيكون الشرط من المالك باشتراط المالك.

فلابد من أن يكون الشرط من المالك و عدم كونه من الوجه الأول و لامن الوجه الثاني، بل المالك بعد أن كان المال بينهما سوياً مقتسماً وكان العقد الواحد والارادة الواجدة توجب اشتغالهما بالعمل الذي يوجب أن يكونا عاملين فيه كل واحد ذا منافع غير مشتركة والربح غير المشترك و مع ذلك يجعل كون أحدهما مشتركاً في الربح مع الآخر والعامل الآخر يتحمل نصف الربح والخسارة الواردة عليه فقط و يجبر به خسران الآخر فيسوي اشتراكهما بالربح، فان كان ذلك الشرط راجعاً الى ماقلناه لتصحيح الوكالة -بأن يكون شرط المالك موجباً لوكالة العامل

(السابعة عشر) اذا أذن المالك للعامل في البيع والشراء نسيئة، فاشترى نسيئة و باع كذلك فهلك المال، فالدين في ذمة المالك وللديان اذا علم بالحال أو تبين له بعد ذلك الرجوع على كل منهما، فان رجع على العامل وأخذ منه رجع هو على المالك.

ودعوى أنه مع العلم من الأول ليس له الرجوع على العامل لعلمه بعدم اشتغال ذمته. مدفوعة، بأن مقتضىٰ المعاملة ذلك، خصوصاً في المضاربة، و سيما اذا علم أنه عامل يشتري للغير ولكن لم يعرف ذلك

المتحمل للربح للعامل الثاني ان كان وكيلاً من العامل الثاني في الاسترباح من المال دون الضرر الوارد للمال، وهذا مما لا اشكال فيه.

ولابد أن يكون المال مقتسماً بين العاملين اذ كانت المضاربة طبيعية فينحل الى مضاربتين، ولكن المالك يشترط في الربح الحاصل من أحدهما أن يكون العامل الآخر شريكاً في الربح دون الخسران، فان ذلك يصح بعد أن كان الشرط ليس خلاف مقتضىٰ العقد. ولا تكون شركة في الأبدان، بل تكون مضاربة صحيحة و يكون أحدهما شريكاً في الربح ولكنه ليس شريكاً في الخسارة. كما أنه يمكن أن يكون متحملاً للخسارة دون الربح، و يمكن أن يكون الشرط مستلزماً لكلا الطرفين كما كررناه مراراً.

بقي شئ، وهو كون المضاربة كذلك بجميع موازينها و يكون المال غير مشترك بينهما و يكون الربح فقط مشتركاً بينهما دون الخسران و يكون الذي يشتركان فيه هوالربح، فعقد المضاربة صحيح وما يشترط فيه لأنه في الرتبة المتأخرة، فلا يجعل العقد منقلباً من مضاربيته الى الشركة الباطلة، كما أوضحناه بما لامزيد عليه.

ومن يقول بالانقلاب لابد وأن يصح مبناه في ظواهر الألفاظ كما أوضحناه، ولايكون كعقد الاجارة كما قاله الماتن، حيث لم يلتفت الى كون عقد الاجارة مباين لعقد المضاربة،فكيف يكون التباين بينهما مع التمثيل في المقام بالشركة؟

الغير أنه من هو ومن أي بلد. ولولم يتبين للديان أن الشراء للغير يتعين له الرجوع على العامل في الظاهر و يرجع هو على المالك [١].

(الثامنة عشر) يكره المضاربة مع الذمي، خصوصاً اذا كان هوالعامل، لقوله عليه السلام «لاينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي ولايبضعه بضاعة ولا يودعه وديعة ولا يصافيه المودة» وقوله عليه السلام «ان أمير- المؤمنين عليه السلام كره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي الا أن تكون تجارة حاضرة لايغيب عنها المسلم». ويمكن أن يستفاد من هذا الخبر كراهة مضاربة من لايؤمن منه في معاملاته من الاحتراز

---

[١] العامل المضارب لا وكيل ولا نائب عن المالك، بل شخص أخذ المال من المالك لجلب الربح له و لنفسه، و الاطلاق كما قلنا في طيات ما تقدم أن هذا الاسترباح يقتضي كون العامل مستقلاً فيه.

وعلى هذا فلما كان شأن عقد المضاربة ذلك، فاذا صرح المالك بالبيع نسيئة يكون مؤيداً لما كان مستفاداً من الاطلاق، فاذن لابد من كونه مجازاً في رأس المال في أن يشتري نسيئة و يبيع كذلك، فان الاجازة منه تجعل الأمر الى أن الاسترباح من المال الى أمر آخر زائداً على ما يقتضية الاطلاق، وهو أن المالك يتحمل تلف المال في هذا البيع والشراء و يكون الربح مشتركاً بين العامل والمالك، و تكون الخسارة على المالك، اذ المفروض أنهما عقدا المضاربة بهذا الشرط، فالمالك ضامن للخسران. فاذا اشتغل العامل بالمعاملة و ذهب رأس المال بأجمعه لايكون العامل ضامناً له، بل الضامن المالك، فليس للديان الرجوع الى العامل بل الرجوع الى المالك.

ولكن يمكن تصحيح كلام الماتن في اراءة الطريق الى الديان، وأما فكه لدين الديان فلا يقدم عليه العامل، لأنه غير مشروع ضمان الذمة بالذمة، وانما له اراءة الطريق الى الضامن فقط ولم يشرع له فك الدين أصلاً.

عن الحرام[١].

(التاسعة عشر) الظاهر صحة المضاربة على مائة دينار مثلاً كلياً، فلا يشترط كون مال المضاربة عيناً شخصية، فيجوز ايقاعهما العقد على كلي ثم تعيينه في فرد.

والقول بالمنع لأن القدر المتيقن العين الخارجي من النقدين. ضعيف، وأضعف منه احتمال المنع حتى في الكلي في المعين، اذ يكفي في الصحة العمومات[٢].

---

[١] الروايات الواردة في المقام كلها صحيحة وقد عمل بها الأصحاب (قدس الله اسرارهم)، ولكن هل ان هذه الأوامر مولوية تدل على كراهة مضاربة الذمي مع المسلم أو انها ارشادية لعدم الاطمئنان بتخلف الذمي في مورد المضاربة سواء كان مالكاً أو عاملاً لعدم الوثوق في تصرفاته. فان المفروض في المضاربة كونه أميناً، و هذه الاخبار حيث تدل على كون الكافر لايكون أميناً وعدم أمانته تجعل الحكم دائراً مدار الغلبة العقلائية، فيكون ارشاداً لمافي الطريقة. ولا يكون شأن الامام عليه السلام بيان مايكون العرف والعقلاء حكما به، لأن ذلك شأن العقلاء، فانهم يتنحون عن الأمور الموجودة عند العقلاء، فاشعار الامام عليه السلام بالتنحي عن مشاركة الكافر و توديعه و مشاركته و موادعته يكشف عن أن هناك أمراً شرعياً يوجب كراهة ايقاع هذه المعاملات مع الكافر، و تكون الكراهة مولوية في ايقاع هذه المعاملات مع الكافر، سواء كان عاملاً أو مالكاً، والا فالعمومات الدالة على أن المضاربة مع العامل -سواء كان كافراً أو مسلماً- تكون صحيحة مالم يكن متعدياً أو مفرطاً، و كذلك اذا كان غير مسلم وكان من مصاديق الكافر، فالنهي مولوي يحتاج أن يكون دالاً على الكراهة، ولايكون ارشادياً الى عدم الاطمئنان فتكره المعاملات معه وان كان أميناً يعلم أنه لايتعدىٰ و لا يفرط في هذه المعاملة. وفي هذه الموارد الا تية نصوص خاصة دون باقي المعاملات التي لم يرد فيها نص خاص.

[٢] العقلاء لايرون الذمم مالاً خارجياً الا اذا كان في الذمة، فانهم يعتبرون

(متمّم العشرين) لو ضاربه على ألف مثلاً فدفع اليه نصفه فعامل به ثم دفع اليه النصف الآخر. فالظاهر جبران خسارة أحدهما بربح الآخر، لأنه مضاربة واحدة. وأما لو ضاربه على خمسمائة فدفعها اليه و عامل بها وفي أثناء التجارةزاده و دفع خمسمائة أخرىٰ،فالظاهر عدم جبر خسارة احداهما بربح الأخرى، لأنهما في قوة مضاربتين. نعم بعد المزج والتجارة بالمجموع يكونان واحدة [١].

الدين الموجود في الذمة عيناً شخصية. و بعد كونها كذلك فيرون هذه الأمور الاعتبارية مالاً لهم ولكنه في الصندوق الحديدي في ذمة الشخص، و قلنا سابقاً ان بعد جعله في الذمة تكون في الرتبة المتأخرة عن الدين و يكون نقداً.

وعلى هذا فلا اشكال في كونه نقداً، كالدفاتر الموجودة فعلاً المودعة في البنك واينما يسافر يكون واجداً للمال.

و شأن من يستشكل في المضاربة الا أن تكون بالنقد الخارجي. لابد له من القول بعدم شمول المضاربة الموجودة والرائجة في الأسواق، فانهم يدفعون الصكوك تعويلاً على أموالهم المودعة في البنوك ، و تكون مضاربتهم باعطاء الأموال النقدية الموجودة في البنك بواسطة الصك. فلا يصغىٰ بعد ذلك الى من يستشكل في اعتبار نقدية الصك وأنه عين خارجية. فان اشكالهم سار في كثير من الموارد التي لا تكون عيناً خارجية و مع ذلك يعملون فيها كأنه نقداً و يقبلونه منهم لمكان نقديته.

وهكذا في الكلي في المعين كما عرفت ذلك ، لأن العقلاء يحكمون به.

[١] مفروض المسألة ما اذا ضاربه بألف و دفع اليه خمسمائة والخمسمائة الأخرى في ذمة المالك و يكون نقداً فلابد من أن يعتبر الربح والخسران على ألف، ولو ان العامل كان له مال لنفسه بهذا المقدار أو أقل أو اكثر فان العامل لابد وأن يقسم الربح بينه و بين المالك ، و كذلك الخسارة الناتجة عن هذه التجارة ولابد أن تؤخذ من المال. و هذا مما لااشكال فيه.

....

وان دفع المالك خمسمائة، فان كان العقد الصادر من المالك في أول الأمر وان كان على حساب الخمسمائة الا أنه زوده المالك خمسمائة أخرىٰ عليها -بأن قال: ان المال الذي عقدنا في أول الأمر عليه أريد زيادته بخمسمائة أخرىٰ- و يقبل العامل هذه الزيادة، فيكون متمم العقد الأول ويكون الايجاب والقبول معاطاتياً، فيكون متمماً للعقد الأول. و تتميمه بمعنىٰ أن المالك كان يريد جعل المضاربة بألف وحيث أنه لابد وأن يكون نقداً لم يكن عنده الاخمسمائة فدفعها الى العامل ولكن كان داعيه الأصلي على المضاربة هو الالف فلما وجد المال الباقي تمم المضاربة بخمسمائة أخرىٰ، فالداعي كان متمماً للعقد. فان التتميم لما كان كذلك وكان مورداً لقبول العامل فيكون المتمم والمتمم كلاهما مضاربة واحدة، ولكن التتميم معاطاتياً، فيلحق العقد الأول لكون المضاربة نقداً.

وأما اذا دفع الخمسمائة لعقد المضاربة ولم يكن داعيه الى اكثر من ذلك، و بعد العقد الأول حصلت له خمسمائة أخرىٰ يكون الجاري فيه هو العقد للخمسمائة الثانية منحازاً عن المضاربة الأولىٰ، فيكونان عقدين كل على حدة بالربح والخسارة و معاملتين منحازتين لاربط لاحداهما بالأخرىٰ، ولايمكن للعامل تداخل الخسارتين ولا الربحين كمالا يخفىٰ.

«والسلام»